



UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO



**“DE ACUERDO AL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO,
¿PUEDE RECAER RESPONSABILIDAD CIVIL EN CONTRA DEL ESTADO
Y LOS LABORATORIOS ANTE LA FALLA DE ANTICONCEPTIVOS ORALES?”**

TESINA DE PREGRADO DE LA CARRERA DE DERECHO

AUTORES:

HELEN NOEMÍ BERRÍOS EYZAGUIRRE
JAVIERA PAZ VERA MARTÍNEZ

PROFESORA GUÍA:

DRA. PAMELA PRADO LÓPEZ

DISCIPLINA PRINCIPAL:

DERECHO CIVIL

DICIEMBRE DE 2022

Proyecto de tesis: De acuerdo al ordenamiento jurídico chileno, ¿puede recaer responsabilidad civil en contra del Estado y de los laboratorios ante la falla de anticonceptivos orales?

RESUMEN

La presente tesina tiene como objetivo analizar a la luz del derecho privado la posibilidad de determinar la responsabilidad civil en contra del Estado chileno y los laboratorios en el contexto de las fallas de anticonceptivos orales entregados a las usuarias de los centros de salud pública nacional. Se realizará un análisis de los casos que provocaron esta compleja situación, la relación existente entre los sujetos que intervienen, la normativa aplicable y derechos fundamentales lesionados. Además, al alero de la doctrina y normativa nacional, se llevará a cabo un examen exhaustivo de la responsabilidad civil y sus estatutos, los daños susceptibles de ser indemnizados y la manera en que los sujetos deberán responder.

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad Civil - Daño - Wrongful Conception - Responsabilidad Solidaria - Derechos Fundamentales

INTRODUCCIÓN

La tesina que pasará a presentarse plantea la siguiente interrogante: “*De acuerdo al ordenamiento jurídico chileno, ¿puede recaer responsabilidad civil en contra del Estado y los laboratorios ante la falla de anticonceptivos orales?*”

Uno de los temas más relevantes y debatidos en la actualidad son los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, del cual no ha quedado ajeno el Derecho ni ninguno de los demás aspectos que forman parte del contexto de cada individuo en la sociedad. Especial relevancia adquiere este tema cuando comienza a vincularse con el gran entramado de instituciones que componen el derecho privado, sobre todo cuando son los sujetos concernidos quienes requieren de una respuesta ante diversas inquietudes y necesidades que les pueden surgir.

Esta investigación pretende colaborar en la resolución de un conflicto que aqueja desde hace aproximadamente dos años a más de dos centenares de mujeres chilenas, a quienes la falla de anticonceptivos orales otorgados por el sistema público de salud les cambió radicalmente la vida. A partir de allí, surgirá la idea de la responsabilidad civil como una vía para reparar el daño a través del análisis de cada uno de sus requisitos, además de examinar los derechos sexuales y reproductivos que pudieron verse lesionados y la importante evolución que ha presentado el denominado *wrongful conception*. Asimismo, se determinará si es posible accionar en contra de dos importantes sujetos: por una parte, los laboratorios, y por otra, el Estado chileno.

Lo que se pretenderá, entonces, va más allá de una mera esquematización del caso en comento a partir de las instituciones del derecho civil. Lo cierto es, que la utilidad del tema planteado radica en darle sentido, desarrollo y respuesta a una problemática que ha afectado la vida de mujeres desde distintos ámbitos, cuyas consecuencias se padecen hasta la actualidad en tanto deben asumir la crianza y mantenimiento de hijos no planeados producto de un error en su método de anticoncepción.

Por otro lado, como objetivo general se establecerá el plantear, describir y argumentar el problema que se expone en la tesina y responder de forma íntegra a dicha interrogante. También, existen diversos objetivos específicos, los que se serán analizados a partir de los diversos capítulos, títulos y subtítulos que componen la investigación. Adicionalmente, a través del empleo de cuatro métodos de investigación, que son: deductivo, inductivo, sistemático y dogmático, se llegará a la

hipótesis consistente en sustentar que dentro del sistema jurídico chileno puede hacerse valer la responsabilidad civil en contra del Estado y los laboratorios ante la falla de anticonceptivos orales.

Finalmente, la tesina se estructurará de la siguiente forma:

- 1) En el primer capítulo, se expondrán los casos y situaciones en que el problema objeto de la investigación se produjo. También, se analizarán los conceptos de *wrongful conception*, *wrongful life* y *wrongful birth* y lo que ha dicho sobre ellos la jurisprudencia extranjera.
- 2) En el segundo capítulo, se examinará el vínculo existente entre los laboratorios y el sistema público de salud chileno. Se hará un repaso sobre la historia y evolución del tratamiento de la salud reproductiva en Chile, la relación entre el Estado y los laboratorios, la distribución gratuita de los métodos anticonceptivos en Chile y normativa aplicable, y la fiscalización que ejerce el Estado sobre los laboratorios.
- 3) En el tercer capítulo, se responderá a la pregunta planteada en la tesina. Se observará la institución de la responsabilidad civil con las opiniones doctrinarias que de ella se siguen, el cómo podría colisionar la reparación del daño con la vida del niño y los derechos fundamentales lesionados. Igualmente, se determinará el tipo de responsabilidad de que se trata y el estatuto jurídico aplicable, los daños susceptibles de resarcirse y la manera en que los sujetos deberán responder.

I. CASOS QUE DIERON ORIGEN AL PROBLEMA.

1. Cantidad de casos y situaciones en que el problema se ha producido.

Uno de los hechos más trascendentes en la vida de cada ser humano es el nacimiento, aquel momento que marca el inicio de nuestra existencia y hace patente la emergencia de una nueva persona en un momento histórico cierto, cuya vida estará situada bajo un contexto social, político, económico y moral. Es más, nuestro propio Código Civil en su artículo 74 inciso primero establece que *la existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre.*

Se trata, entonces, de un tema de tal envergadura que ha sido objeto de incontables análisis, teorías y debates desde diversos puntos de vista a lo largo de toda la historia de la humanidad y donde el Derecho no se ha quedado ausente. Es en torno a este asunto donde ha surgido una pregunta que nos dedicaremos a analizar y responder: ¿Puede el nacimiento considerarse como un perjuicio? Y de ser así, ¿se trataría de un perjuicio susceptible de ser indemnizado? Más allá de los cuestionamientos morales y hasta filosóficos que pudieran producirse, la respuesta a la interrogante expuesta será estrictamente legal, utilizando las herramientas que ofrece el Derecho, tanto chileno como foráneo, para llegar a una adecuada conclusión.

La tarea no es sencilla, pues no se trata de examinar cualquier hecho que pudiera dar lugar al surgimiento de responsabilidad civil, ya sea contractual o extracontractual, sino que hablamos de la vida y del hecho que marca su inicio, que incluso encontramos reconocido y protegido a nivel constitucional en nuestra Carta Magna, cuando en su artículo 19 N°1 se dispone que *la Constitución asegura a todas las personas: el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.*

Han sido múltiples los acontecimientos que han hecho surgir en las comunidades esta pregunta a lo largo de los años, los cuales comprenden desde el aborto hasta la negligencia médica, así como también diversas han sido las respuestas que la legislación, la jurisprudencia y la doctrina han formulado. Por su parte, la presente investigación se sitúa bajo un contexto específico: en los últimos dos años una de las materias que se ha instalado, dada su relevancia y trascendencia especialmente en la vida de las mujeres, ha sido el de las fallas en pastillas de anticoncepción oral que el Estado de Chile suministra a través de su red de salud pública. Se trata de una tarea que el Estado chileno ejerce desde hace varias décadas, entregando de forma gratuita este método de anticoncepción, dada la existencia de diversos programas, convenios y normativas que han regulado esta materia a lo largo de los años. Sin embargo, desde el año 2020 a la fecha se han dado a conocer una multiplicidad de casos en que se ha descubierto que dichos medicamentos

presentaron fallas, dejando a las usuarias en un completo estado de indefensión y abandono, el cual se agudizó todavía más dada la situación de pandemia que se experimentó en Chile y en el resto del mundo.

El control de la natalidad ha sido uno de los focos de los sistemas de salud pública en los países, el cual se ha masificado y vuelto cada vez más accesible en América Latina, y que en países como Chile se brindan como parte de la atención de rutina. Las primeras manifestaciones del problema con las píldoras anticonceptivas surgieron poco después de que Chile impusiera, en marzo del año 2020, un cierre estricto debido a la pandemia por coronavirus. Producto de ello, representantes de diversas organizaciones de defensa y promoción de los derechos sexuales y reproductivos de mujeres comenzaron a llamar a los trabajadores de la salud pública a nivel nacional para determinar si las medidas de cuarentena y los obstáculos de la cadena de suministro global estaban afectando la disponibilidad de anticonceptivos y si las píldoras distribuidas por el gobierno eran o no defectuosas. Posteriormente, el Ministerio de Salud emitió el 24 de agosto del mismo año una orden para retirar del mercado 139.160 cajas de píldoras anticonceptivas vendidas con el nombre de *Anulette CD*, que son producidas por los laboratorios Silesia y Andrómaco, compañías chilenas pertenecientes a la empresa farmacéutica alemana Grünenthal¹.

El problema específico identificado en aquel momento estaba relacionado con las cajas de los anticonceptivos, pues éstas no cumplían con la lógica de que cada paquete debía incluir pastillas activas -de un determinado color y número-, y píldoras de placebo -de color y número distinto al de las primeras-, que deben tomarse durante el tiempo que la usuaria esté menstruando. En consecuencia, lo que ocurrió fue que un número indeterminado de cajas incluía píldoras de placebo en las ranuras activas y viceversa, cuestión trascendental si pensamos en que este formato de píldoras de dicha marca se reparte de forma exclusiva a la Central Nacional de Abastecimiento para que posteriormente las distribuya en los centros de salud pública a nivel nacional. Una semana después del retiro inicial, el Ministerio de Salud ordenó un segundo retiro de 137.730 paquetes de *Anulette CD* adicionales, ya que algunos de los paquetes tenían píldoras rotas o faltantes.²

Sin embargo, tanto los medios de comunicación como el gobierno de turno no abordaron la problemática de manera acuciosa, por lo que las mujeres que habían sido expuestas a la toma de dichos anticonceptivos no recibieron información por canales oficiales sobre lo que debían hacer o dónde acudir. Es más, muchas mujeres ni siquiera fueron contactadas respecto de las fallas sino

¹ Londoño (2021).

² Ídem.

que tomaron conocimiento de ello a través de redes sociales. Otras que sí fueron notificadas no recibieron una anticoncepción de reemplazo, sino que solo se les informó los nombres de pastillas que podían obtener de forma particular. Esto último, a pesar de que en muchos casos se trataba de mujeres en situación de vulnerabilidad, pues recibían los medicamentos a través de los centros de salud primaria.³

Muchas de las afectadas correspondían a mujeres de escasos recursos económicos a las que se les negó la posibilidad de abortar debido a que no cumplían ninguna de las tres causales por las que se permite la interrupción voluntaria del embarazo en Chile: riesgo vital de la madre, inviabilidad del feto o violación. Ante este escandaloso episodio, el Instituto de Salud Pública, en tanto ente regulador de medicamentos, tomó la decisión de multar a los laboratorios involucrados y se inició un procedimiento de mediación con el Consejo de Defensa del Estado, el cual derivó en una compensación económica por parte de los laboratorios a las mujeres, cuyo monto es confidencial.⁴

La problemática planteada se torna aún más compleja y preocupante cuando se dio noticia de que más de doscientas mujeres denunciaron desde el año 2020 haber quedado embarazadas, pese a estar con tratamientos anticonceptivos en centros de salud públicos. El hecho de que tal situación no haya ocurrido en una, sino que en reiteradas ocasiones a lo largo del tiempo y que la respuesta del Estado haya resultado tardía e insuficiente, provocaron un sinnúmero de problemas y cambios radicales en el estilo de vida de cada una de las mujeres afectadas, las cuales se han visto en la obligación de llevar a cabo un embarazo que jamás desearon con todo lo que ello conlleva en su diario vivir, motivaciones, planes y estado anímico.

En estrecha relación con lo anterior, durante el primer semestre del año 2021 se dio a conocer el fallo Rol 172-2021, en que la quinta sala de la Corte de Apelaciones de San Miguel ordenó evaluar el aborto para una mujer que se vio afectada por la falla de sus anticonceptivos, basado en la causal riesgo de vida de la madre. En dicho proceso, la demandante argumentó que, desde que supo de su embarazo, sufrió un importante daño psíquico que le produjo diversas problemáticas que desembocaron en un daño moral. Por su parte, la Corte consideró que “la omisión arbitraria e ilegal de la recurrida infringió el artículo 19 N°1 de la Constitución al poner en

³ Bustos (2020)

⁴ Díaz (2022)

evidente riesgo el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la mujer, así como también, el numeral 2 del artículo 19, esto es, la igualdad ante la ley, toda vez que no se ha respetado el derecho de la actora a recibir una respuesta.”⁵ En base a este razonamiento, el recurso de protección fue acogido y se ordenó al centro de salud donde era usuaria la actora a evaluarla a ésta médicamente, con el objetivo de constatar o descartar un diagnóstico compatible con la causal de aborto denominada “riesgo de vida de la madre.”

Será bajo estas circunstancias que se realizará la presente investigación, examinando los hechos que provocaron el origen del problema, las consecuencias que de ellos derivaron para la vida de un número importante de mujeres -en tanto usuarias de un sistema de salud pública que les falló-, y la responsabilidad que pueda surgir a la luz de nuestro Derecho.

2. *Wrongful conception, wrongful life y wrongful birth.*

Tal como indican los autores Mondaca, Aedo y Coleman, las siguientes figuras se insertan en el fértil y atrayente campo de la responsabilidad asociada al nacimiento de un menor. De esta manera, existen supuestos que podrían originar una acción de indemnización de perjuicios derivada de la responsabilidad asociada al nacimiento de un menor. Estas acciones de responsabilidad civil relacionadas con el inicio de la vida, dan inicio a una discusión relevante, cual es, si el hecho de la vida o del nacimiento podía ser considerado como un daño.⁶

Wrongful birth, traducido al castellano como “nacimiento erróneo”, es el nombre con el que se conoce en la literatura especializada a la acción judicial ejercida por los padres en contra del médico o la institución hospitalaria, que tiene como origen el nacimiento de un hijo con discapacidad como consecuencia de una negligencia médica.

Andrea Marcía Morillo, en su libro *La Responsabilidad Médica por los Diagnósticos Preconceptivos y Prenatales* establece cuatro casos en donde se identifican los supuestos de hecho que configuran la procedencia de la acción, a saber: diagnóstico preconceptivo, el diagnóstico preimplantatorio, el diagnóstico prenatal y el diagnóstico indirecto. En la práctica, los cuatro casos nombrados representan las diversas hipótesis que pueden dar origen al nacimiento de un niño, afectado por

⁵ Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel (2021)

⁶ Mondaca *et al.* (2014)

enfermedades de las cuales no se dio aviso a los padres durante el tiempo en el cual era legalmente posible interrumpirlo.⁷

En cuanto a *wrongful life*, traducida al castellano como “vida errónea”, para una mayor comprensión es necesario que ambas figuras, es decir, *wrongful birth* y *wrongful life*, se examinen de manera conjunta debido a la similitud entre ellas. En efecto, debemos entender a la acción de *wrongful life*, como “la acción mediante la cual un menor o adulto en representación del menor, demanda al médico y/o al centro médico de sus progenitores, en la medida que de no haber sido por su diagnóstico negligente y/o la información incompleta o errónea que le fue brindada a sus padres, él no hubiera nacido para experimentar el sufrimiento propio de su enfermedad congénita. En consecuencia, es una acción instaurada por los padres en nombre del hijo, que busca una reparación por el sufrimiento.”⁸ Mientras que, tratándose de *wrongful birth*, traducido como “nacimiento erróneo”, es el nombre con el que se conoce en el derecho comparado a “la acción judicial ejercida por los padres contra el médico o la institución hospitalaria, que tiene como origen el nacimiento de un hijo con discapacidad como consecuencia de una negligencia médica.”⁹

A mayor abundamiento, la acción de *wrongful birth*, plantea el debate de si la negligencia de un médico se puede valorizar como un daño reparable, en la medida en que debido al actuar negligente, se impide la realización del aborto y a raíz de ello, tenemos el nacimiento de un niño con malformaciones.

Sin embargo, esta acción no parece tener mucha cabida en Chile, ya que la legislación respecto a la interrupción voluntaria del embarazo se remite en solo tres causales, cuestión que limita el alcance de esta acción.¹⁰ Sin perjuicio de esto, en los países en donde los ordenamientos jurídicos permiten el aborto, la doctrina y/o jurisprudencia no ha sido uniforme. Ejemplo de aquello es el caso de Estados Unidos, en donde se ha estado dispuesto a aceptar que la pérdida de la chance de abortar al hijo que nace con defecto es motivo suficiente para otorgar una indemnización si esta acción es interpuesta por los padres, pero cosa distinta es que la vida pueda ser configurada como daño, por ello las cortes norteamericanas son reacias a la reparación de dicha partida.¹¹

⁷ Morillo (2007)

⁸ Medina (2008)

⁹ Cubides y Díaz (2009)

¹⁰ Ídem.

¹¹ Mondaca *et al.* (2014)

Descritas las figuras anteriores, pasaremos a examinar la acción central de la presente tesina, esto es, la acción de *wrongful conception*, la cual se entiende como la reclamación de responsabilidad por el nacimiento no deseado de un niño sano. El Tribunal Supremo de España se pronunció al respecto, refiriéndose a ella como la que “designa a aquellas demandas que interponen los progenitores por los daños causados por la concepción no deseada de un hijo sano debido al fallo de las medidas anticonceptivas adoptadas.”¹²

Siguiendo a Cubides, los presupuestos fácticos se pueden clasificar en cuatro hipótesis: aquel que implica procedimientos de intervención de esterilización; cuando a pesar de realizar una intervención con la finalidad de interrumpir el embarazo, el resultado no se produce por negligencia del profesional en la salud encargado de su práctica; la no interrupción de un embarazo por no haber sido detectado dentro del término legal establecido para ello; y, por último, aquel que es razón de esta investigación, el uso de métodos anticonceptivos que no producen el resultado esperado.¹³

En esta línea de ideas debemos distinguir dos supuestos: por un lado, que existan defectos en el método anticonceptivo -en cuyo caso estaremos ante la responsabilidad del fabricante-, y por otro, cuando el galeno prescribe de manera errónea un anticonceptivo en eventos tales como prescribir un método anticonceptivo adecuado para el paciente, prescribir como método anticonceptivo alguno, bajo la creencia de no ser necesario para impedir el embarazo, por estimarse una situación de esterilidad.¹⁴

En todos estos casos, el problema surge de que el procedimiento fracasa y no se alcanza el resultado deseado. Según Cubides, nace un niño y aunque el niño nace sano, es precisamente el nacimiento no deseado el daño sobre el cual se articula la demanda. En resumen, los progenitores buscan una indemnización por el hecho de haber concebido a un hijo o por haber llevado a término el embarazo no deseado.

La doctrina en nuestro país se encuentra dividida, aunque mayoritariamente por su negativa. Al respecto, el distinguido profesor Hernán Corral se pronuncia categóricamente,

¹² Cubides y Díaz (2009)

¹³ Ídem.

¹⁴ Marcia (2005) p. 74.

sosteniendo que “un hijo no puede ser nunca concebido como un daño, ni económico ni moral, aunque esté aquejado de una dolencia, tampoco la propia existencia puede entenderse como un daño, y que es inadmisibles comparar la no existencia con la existencia: si la vida humana es un valor fundamental de todo sistema jurídico civilizado, su conceptualización como daño reparable no puede ser sino un síntoma de barbarie.”¹⁵

Por otro lado, Tapia va más allá, analizando la postura en el derecho francés, sostiene que los casos de *wrongful life* tienden a ser reparados en el derecho comparado. Empero, a propósito de los casos de *wrongful birth* se genera una controversia, señalando que “lo que el niño demanda y lo que algunas cortes han concedido no es una reparación por el hecho de nacer, sino por el hecho de nacer con una inhabilidad que lo acompañará durante toda su existencia. Así, más que un perjuicio de nacer se trata de un perjuicio de nacer discapacitado.”¹⁶

2.1 ¿Qué ha dicho la jurisprudencia extranjera?

La jurisprudencia española reconoce a *wrongful birth* como una tipología de daños determinados de posible responsabilidad civil del médico en relación con la concepción y el nacimiento de la persona, más en concreto, en un grupo de casos de responsabilidad médica en relación con error en el diagnóstico prenatal por falta de realización o defectuosa realización del diagnóstico, produciéndose con ello la consecuencia de que no existe constancia - o no se descubre o no se informa a tiempo - del riesgo de enfermedad congénita de la criatura concebida, resultando que el feto sufre la dolencia y nace con tales defectos, no disponiendo ya la mujer de la posibilidad de recurrir al aborto dentro del plazo legalmente establecido.¹⁷

Por su parte, la acción de *wrongful life*, ha sido fuertemente criticada en la literatura especializada, a tal punto que en algunos países la acción ha sido desvirtuada por considerarse fundamentalmente contraria a la moralidad bajo el entendido de que la vida no puede ser valorada como un daño.¹⁸

Según lo contenido en Sentencia del Tribunal Supremo de España, del 11 de marzo de 2001, al referirse al respecto, se trata de los supuestos conocidos con la expresión inglesa de *wrongful*

¹⁵ Mondaca *et al.* (2014)

¹⁶ Ídem.

¹⁷ Ídem.

¹⁸ Cubides y Díaz (2009)

conception y en ocasiones también con la de *wrongful pregnancy*, que designa aquellas demandas que interponen los progenitores por los daños causados por la concepción no deseada de un hijo sano debido al fallo de las medidas anticonceptivas adoptadas.

La primera demanda simbólica de *wrongful birth* y *wrongful life* en Estados Unidos está representada por el caso *Gleitman vs. Cosgrove*, en donde se niega la indemnización de un niño afectado de diversas malformaciones producidas debido a que contrajo rubéola por su madre durante el embarazo, respecto de la cual se había informado a la progenitora que no tendría consecuencias sobre el feto.¹⁹ El segundo caso simbólico es el de *Dumer vs. St. Michael's Hospital*, en el cual se aceptó una demanda de *wrongful birth* impetrada por una madre que contrajo rubéola durante su embarazo, en contra del galeno que no diagnosticó la enfermedad, por lo que de haber tenido esa información, hubiera interrumpido su embarazo. En este segundo caso, la Corte de Wisconsin condenó a pagar los tratamientos provocados por la minusvalía.²⁰

A partir de la dictación de estas sentencias, las demandas por *wrongful birth* tienden a ser aceptadas en los tribunales de EE.UU y se han ido expandiendo en los diferentes estados.

Caso contrario se configura en la jurisprudencia española, ya que en aquel país se acoge tardíamente la reparación de este tipo de perjuicios y, aún así, no se ha logrado establecer un criterio jurisprudencial uniforme, sino que la tendencia decisiva ha sido vacilante a lo largo de los años.²¹ Así las cosas, en el año 1999 el Tribunal Supremo Español rechazó un recurso de casación interpuesto por los padres de una menor que nació con graves defectos y deformidades físicas, mientras que durante el embarazo no se le advirtió a la madre de ninguna enfermedad, sino por el contrario, se le señaló que el feto se encontraba en condiciones normales. Los argumentos del Tribunal fueron los siguientes: en primer lugar, no se consideró que aún habiendo entregado la información correspondiente, hubiera nacido un derecho al aborto. En segundo lugar, que la doctrina rechaza que el nacimiento de un niño sea un daño 'per se', cualquiera que sostenga lo contrario, estaría señalando que el daño es el nacimiento, en otras palabras, para el Tribunal era inconsiderable acogerlo como un daño: no puede entenderse que el nacimiento con defectos o deformidades puede ser esgrimido como un daño.²²

¹⁹ Mondaca *et al.* (2014).

²⁰ Ídem.

²¹ Ídem.

²² Ídem.

Sin perjuicio de ello, existen actualmente sentencias que han aceptado la idea del daño como pérdida de la chance de abortar. Ejemplo de ello es la sentencia del Tribunal Supremo español de 24 de octubre de 2008, la cual declara de manera expresa la responsabilidad en razón de la pérdida en virtud de una negligencia médica. La línea argumentativa del tribunal se centra en que el daño fue acogido debido a la pérdida de la chance de abortar y de la mano de ello, por las consecuencias económicas que genera esta privación.²³

En otra sentencia del Tribunal Supremo español, el tribunal condena a indemnizar perjuicios al ginecólogo tratante, debido a una negligencia médica que había cometido ya que no advirtió al actor de graves malformaciones que se vieron a la luz una vez nacida la gestante. El tribunal calificó a esta negligencia como un claro incumplimiento de los deberes médicos al momento de emitir su diagnóstico, por lo que se acoge el daño que tiene su origen en el nacimiento de una hija afectada por un mal irremediable, lo cual fue calificado como daño moral, y más aún, expresa el tribunal, se acoge el daño patrimonial debido a la necesidad de hacer frente a gastos o desembolsos extraordinarios o especiales.²⁴

Podemos ver que existen tendencias jurisprudenciales tanto en el caso de EE.UU como en el caso español. Sin embargo, estas sentencias se centran en hipótesis tales como: menores nacidos con graves defectos y deformidades físicas, niños nacidos con síndrome de Down, pérdida de la chance de abortar, todos aquellos relacionados con las figuras de *wrongful birth* y *wrongful life*. Sumado a esto, no obstante la importancia de esta materia, no existe un pronunciamiento explícito en particular sobre esta materia en nuestro país.²⁵

²³ Ídem.

²⁴ Ídem.

²⁵ Ídem.

II. VÍNCULO EXISTENTE ENTRE LOS LABORATORIOS Y EL SISTEMA PÚBLICO DE SALUD.

1. Tratamiento de la salud reproductiva en Chile: origen, desarrollo y actualidad.

La historia de la salud sexual y reproductiva en Chile tiene como acontecimiento primigenio la promulgación de la Ley 10.383, en virtud de la cual se crea el Servicio Nacional de Salud (SNS) en el año 1952. Dicho organismo tenía como objetivo el encargarse de la protección de la salud para toda la población y del fomento y recuperación de la salud de los obreros, esposa e hijos hasta los 15 años²⁶, convirtiéndose en la institución nacional de salud más importante durante años. Sin embargo, al iniciar la década de los 60 aparece un problema alarmante que hizo necesaria la elaboración de estrategias: las elevadas muertes maternas por aborto. Es por ello, que en el año 1962 se convocó a una Comisión Asesora en Política de Regulación de la Fecundidad -cuya tarea principal sería la de solucionar y disminuir los niveles de abortos inducidos- y creando, además, la Asociación Chilena de Protección a la Familia (APROFA) en el mismo año, que sería asesorada por la Federación Internacional de Planificación de la Familia (en inglés *International Planned Parenthood Federation*, IPPF).

Dos años después, bajo el gobierno del presidente Eduardo Frei Montalva, se realizó la primera Política de Planificación Familiar del Gobierno de Chile, cuyo eje principal siguió siendo el aborto inducido en las mujeres y sus riesgos. Tiempo después, en 1965, el SNS puso en marcha el Plan de Regulación de Natalidad para luego crear la Política de Población y de Salud Pública, que tuvo como principios la reducción de las tasas de mortalidad materna (sobre todo aquellas que tenían relación con los abortos inducidos o provocados), la tasa de mortalidad infantil, el bienestar de la familia y el derecho a la información de sus integrantes.

En 1968 el SNS y APROFA firmaron un convenio que vendría a regular la natalidad en todo el país bajo un marco de cooperación entre ambas instituciones. Especial relevancia en lo relativo a la anticoncepción toma la APROFA, pues actuó como ente intermediario en la donación de insumos anticonceptivos provenientes de la Agencia Internacional para el Desarrollo de los Estados Unidos (USAID) hasta el año 1990.²⁷

²⁶ Ministerio de Salud (2022)

²⁷ Ministerio de Salud (2018)

Es a partir de este acontecimiento que el Estado hace patente su actuación en el desarrollo y distribución gratuita de métodos de planificación familiar, los cuales si bien se sabía de manera masiva que existían, solo eran posibles de obtener por aquellas mujeres que tuviesen los medios económicos para pagar atención ginecológica y los comprimidos recetados en alguna farmacia. Otra actuación fundamental por parte de la APROFA fue la de funcionar como entidad capacitadora de matronas y médicos en la prescripción y control de los métodos anticonceptivos entregados en el sistema público de salud, lo cual permitió que en 1976 se aprobase por Resolución del SNS la norma sobre Encargo de Acciones de Regulación de la Fecundidad, que vino a autorizar a matronas capacitadas por APROFA en la prescripción de métodos anticonceptivos, debido a la escasez de médicos frente a la alta demanda de los servicios de regulación de natalidad.²⁸

En 1990 se formularon las Bases para una Política de Planificación Familiar, en las que el Gobierno de Chile reconoció el beneficio que se lograba en la población con las actividades de planificación familiar, permitiéndole tener el número de hijos con el espaciamiento y oportunidad deseada, manteniendo el apoyo a dichas actividades, cuyos objetivos seguían siendo el promover la salud de las mujeres y los niños, además de reducir la mortalidad materna e infantil asociada a la alta fecundidad. Un año después, se estableció el Control de Paternidad Responsable para integrarlo entre sus actividades básicas, cuya función principal sería la de proporcionar atención a la mujer o a la pareja en edad fértil, esto es, entre 15 y 49 años.²⁹

No obstante lo señalado con anterioridad, llegado el año 1995 la USAID pone fin a la concesión de suministros anticonceptivos para el Estado chileno, quien desde ese momento, a través de su Central de Abastecimiento, lleva a cabo la compra de los métodos en comento con fondos públicos y los hace llegar a los diversos centros de salud que componen el Sistema Nacional de Servicios de Salud (SNSS), con cobertura a nivel nacional.

En 1997, la salud sexual y reproductiva fue definida como una de las 16 prioridades de salud para el país y en el Programa de Salud de la Mujer -continuator del anterior Programa de Salud Materna y Perinatal- dicha actividad pasó a llamarse Control de Regulación de la Fecundidad, que vendría a entregar una atención integral proporcionada en forma oportuna y confidencial a la mujer y/o la pareja en edad fértil que quisiera regular su fecundidad. En el mismo año y reconociendo el rol fundamental de las matronas en la regulación de la fertilidad, el Código

²⁸ Ministerio de Salud (2018)

²⁹ Ministerio de Salud (2014)

Sanitario fue modificado a través de la Ley N°19.536 para que la planificación familiar pasase de ser una función delegada a una función propia de las matronas, cambio fundamental que se expresa incluso en la actualidad, debido a que al día de hoy esta profesional lleva a cabo más del 90% de las actividades preventivas dirigidas a las mujeres en materia de salud sexual y reproductiva en los establecimientos de atención primaria del sistema público chileno.³⁰

Posteriormente, bajo el gobierno de la presidenta Michelle Bachelet Jeria, en el año 2006 se promulgan las Normas Nacionales sobre Regulación de Fertilidad y en 2010 la ley N° 20.418 que Fija Normas Sobre Información, Orientación y Prestaciones en Materia de Regulación de la Fertilidad, la cual rige hasta hoy lo relacionado con estas materias, dentro del marco del respeto y compromiso con el cumplimiento de acuerdos internacionales, el pleno derecho a los servicios de regulación de fertilidad, la entrega de información completa y comprensible en un marco de confidencialidad y la importancia de la educación sexual en los establecimientos educacionales.³¹

Durante el año 2010 fue promulgada la Ley N°20.418 que Fija Normas Sobre Información, Orientación y Prestaciones en Materia de Regulación de la Fertilidad, la cual hasta hoy rige las actividades en torno a dichas materias.³² Luego, en 2011, entró en vigencia la Ley N°20.533 que vino a modificar el Código Sanitario en su artículo 117 para facultar a las matronas para recetar anticonceptivos, estableciéndose que éstas *“podrán indicar, usar y prescribir solo aquellos medicamentos que el reglamento clasifique como necesarios para la atención de partos normales y, en relación con la planificación familiar y la regulación de la fertilidad, prescribir métodos anticonceptivos, tanto hormonales - incluyendo anticonceptivos de emergencia - como no hormonales, y desarrollar procedimientos anticonceptivos que no impliquen uso de técnicas quirúrgicas”*.

Sin lugar a dudas, la salud sexual y reproductiva junto con la planificación familiar, el rol de la mujer y el enfoque de género son materias que se han instalado con fuerza, entre otros factores, por la importancia que la misma sociedad les ha otorgado. Chile no ha estado exento de ello, por lo que el papel que juega este aspecto en la vida de las personas ha quedado plasmado en un montón de iniciativas, planes y normas. A su vez, misma importancia revisten diversas organizaciones e instituciones dedicadas a la investigación, difusión y educación de estas temáticas.

³⁰ Ídem.

³¹ Lampert (2020)

³² Ministerio de Salud (2014)

2. Relación existente entre el Estado chileno y los laboratorios.

Para definir y entender la relación que existe entre el Estado chileno y los laboratorios debe partirse desde la comprensión de que estamos en presencia de dos sujetos que realizan acciones diferentes bajo el contexto de la entrega gratuita de medicamentos en la red de salud pública. Por una parte, el Estado ejerce la función de abastecer de medicamentos a los hospitales y centros de salud a nivel nacional, y además entregarlos de manera oportuna y gratuita a aquellas personas que se atienden en ellos. Por otra parte, los laboratorios funcionan como entidades proveedoras de medicamentos que ellos mismos fabrican. Lo que se produce es, por consiguiente, la compra masiva de fármacos que realiza el Estado a los laboratorios según las necesidades y requerimientos que cada establecimiento de salud vaya presentando mientras presta su servicio.

Fundamental y especial relevancia tiene la existencia de la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud (CENABAST), cuyo origen se remonta al año 1932 y que tiene como rol el de abastecer de medicamentos e insumos al sector público. Esta función se ejerce a partir de la compra de grandes cantidades de fármacos, con el objeto de obtener mejores precios. En cuanto al financiamiento para dicha compra, éste proviene directamente de las entidades que solicitan los servicios de la Central. Es decir, actúa mediante un mandato o en representación de estas entidades, a través de convenios con los establecimientos de salud en los que se establece una comisión por los servicios prestados por CENABAST, comprando por orden de los hospitales o consultorios del sistema los dispositivos médicos indicados.³³

Por su parte, el Programa de Regulación de la Fertilidad es un plan del Ministerio de Salud que se dedica exclusivamente a la planificación familiar, posee cobertura a nivel nacional y los recursos son distribuidos a nivel central. La prestación de regulación de la fertilidad se realiza en la Atención Primaria de Salud (APS), cuya distribución de recursos que las financian en los municipios se estructura de tres maneras: per cápita, por financiamiento de leyes y por reforzamiento municipal.³⁴ En cuanto a los anticonceptivos que el Estado compra y luego distribuye en la red de salud pública, estos son diversos, así como también lo son los laboratorios que confeccionan los productos solicitados, siendo los más importantes los Laboratorios Andrómaco S.A., Laboratorios Silesia S.A. y Laboratorios Recalcine S.A.³⁵

³³ Vasallo (2015)

³⁴ Fernández *et al.* (2016)

³⁵ Corporación Miles (2019)

Existe un proceso licitatorio mediante el cual el laboratorio proveedor se adjudica la venta de los productos anticonceptivos, el cual debe realizarse a partir de lo establecido en la Ley de Compras Públicas N° 19.886 y su Reglamento, contenido en el Decreto N° 250 de 2004, y bajo las Bases de Licitación de ChileCompra.³⁶ La Dirección ChileCompra es una institución encargada de administrar la plataforma transaccional www.mercadopublico.cl, que reúne en un solo lugar la demanda de los compradores públicos y la oferta de miles de proveedores, además de funcionar como un marco regulatorio de dicha página web, en virtud de diversos principios, tales como la universalidad, accesibilidad, eficiencia, transparencia y la no discriminación. Además, se trata de un servicio público descentralizado, dependiente del Ministerio de Hacienda y sometido a la supervisión del presidente de la república, en virtud del cual se conectan las necesidades de compra de los organismos públicos con la oferta de los proveedores.³⁷

En concordancia con lo anterior, la adjudicación se determina a través de la Comisión de Adquisiciones, evaluando al proveedor y la oferta más conveniente para el Estado. Si bien la Ley N° 19.886 contempla cuatro procedimientos de compra, la regla general está dada por la licitación pública, la cual se realiza mediante un proceso concursal y abierto, convocando a los interesados en virtud de un llamado público para que formulen propuestas, respetando las bases fijadas, siendo la seleccionada la que resulte más idónea y oportuna. Asimismo, las bases de igual forma regularán el proceso de compra y el contrato definitivo.³⁸

En cuanto a los contratos suscritos por el Estado y los proveedores, estos son administrados por el módulo Gestión del Contrato en la página web de Mercado Público, con el objetivo de dotar de más transparencia al proceso. Con todo, cabe señalar que, en caso de incumplimiento contractual por parte del proveedor, se reconocen tres tipos de sanciones administrativas generales: la multa, el cobro de garantías y el término anticipado del contrato.

Sin embargo, si bien se señaló que la licitación pública constituye la regla general y representa un adecuado mecanismo en virtud de su competitividad y transparencia, un problema que se ha producido en los últimos años es la tendencia al alza en el sector de salud de otro tipo de compras: los tratos directos realizados por CENABAST, los cuales representan un peligro para la

³⁶ Ministerio de Salud (2022)

³⁷ Dirección ChileCompra (2022)

³⁸ Ídem.

competencia y son cuestionados en términos de probidad. Es más, un estudio del Observatorio Fiscal advirtió que entre los años 2009 y 2018 las compras en materia de salud crecieron con tasas anuales sobre el 20%, representando más del 50% del total de compras que llevó a cabo el Gobierno Central desde el año 2017 y que, un año después, en 2018, CENABAST realizó más del 50% de sus compras vía trato directo, por un total de \$240 mil millones, reflejando la pérdida de la importancia y utilización de la licitación pública.³⁹

La Ley N° 19.886 en su artículo 5° prescribe que: *la Administración adjudicará los contratos que celebre mediante licitación pública, licitación privada o contratación directa*. Se reconocen, por tanto, tres tipos de procedimientos para realizar las compras de productos por parte del Estado, y en el artículo 7° de la misma ley se define al trato o contratación directa como *el procedimiento de contratación que, por la naturaleza de la negociación que conlleva, deba efectuarse sin la concurrencia de los requisitos señalados para la licitación o propuesta pública y para la privada*. Luego, en el artículo siguiente, se establecen una serie de casos en los que procederá la licitación privada o el trato o contratación directa. Por ende, en virtud de la misma normativa este tipo de mecanismo es considerado excepcional, pues implica la contratación de un solo proveedor, lo cual no deja de ser un problema, sobre todo cuando se advierte un aumento en su uso.

Con el objeto de enfrentar esta problemática es que se han realizado diversas sugerencias para solucionarla, las cuales van más allá de lo que pretende la presente investigación, pero que se resumen en que introducir un nuevo estándar de probidad y transparencia, regulación de los conflictos de intereses, asegurar compras de fármacos costo-efectivos, implementar mecanismos de control de precios para que la autoridad sanitaria fije un precio máximo y realizar reportes cuando se realicen compras de fármacos protegidos por patentes y no de generación previa y alta competencia de genéricos, para demostrar el beneficio que pretende lograrse con ello.⁴⁰

3. Distribución gratuita de métodos anticonceptivos en Chile.

Desde el año 2008 la fecundidad disminuyó considerablemente en Chile, en concordancia con el aumento del uso de métodos anticonceptivos. La Novena Encuesta Nacional de Juventud

³⁹ Mora y von Wolfersdorff (2019)

⁴⁰ Ídem.

2018 muestra una clara relación entre el uso de métodos anticonceptivos modernos y la probabilidad de haber tenido hijos.⁴¹

Frente a esta labor el Ministerio de Salud creó un programa en materia de salud sexual y salud reproductiva: “*Programa de Salud Sexual y Salud Reproductiva*”, en adelante el programa, el tiene como finalidad promover las condiciones biológicas, psicoafectivas y sociales de la población femenina, otorgándoles a las mujeres, la posibilidad de anticiparse y prepararse en las distintas etapas de su ciclo vital. Así como también, dentro de los objetivos centrales del programa, se encuentra la contribución al desarrollo integral, físico, mental y social de la mujer, desde una perspectiva que contemple los diversos aspectos relacionados con la salud de la mujer, con un enfoque de riesgo que contemple la promoción, prevención, recuperación, rehabilitación y autocuidado de su salud.

Dentro de las prestaciones que son llevadas a cabo a través de este programa, se encuentra el Control de Regulación de la Fecundidad, esto es, la atención integral proporcionada a la mujer y/o a la pareja en edad fértil, que desea regular su fecundidad.

Actualmente son miles las usuarias que se atienden bajo el sistema público de salud, en el que se ofrece de manera gratuita el acceso a ocho métodos anticonceptivos: preservativos masculinos, anticonceptivos orales combinados, anticonceptivos orales de progestina pura, anticonceptivos inyectables combinados, anticonceptivos inyectables de progestina pura, el dispositivo intrauterino, implante subdérmico y la píldora anticonceptiva de emergencia.⁴² Según información expuesta por la Corporación Miles y por cifras del Ministerio de Salud, hasta el año 2016 la cantidad de mujeres en edad fértil que oscilaban entre los 15 y 54 años era de 5.259.143, y un 26,4% de ellas dijo encontrarse bajo algún método de regulación de fertilidad en el sistema público de salud, lo que se traduce en la cantidad de 1.385.901 de beneficiarias. Cabe señalar, además, que dentro del porcentaje del método de regulación de la fertilidad utilizado por la población, un 30% correspondía a anticonceptivos orales combinados y un 26% a anticonceptivos orales de progestina.⁴³

⁴¹ Rodríguez (2018)

⁴² Diario El Mostrador (2017)

⁴³ Fundación Miles (2016)

Otro de los objetivos centrales del programa, es la Consejería en Salud Sexual y Reproductiva, el cual tiene como objetivo central, una vez que los usuarios concurren al CESFAM, informar y orientar mediante técnicas de participación activa, acerca de salud reproductiva, planificación familiar y métodos anticonceptivos.

Para dar cumplimiento a este programa, la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud, participa de manera activa en los procesos de compra, mandatos por el Ministerio de Salud y otras entidades que se adscriban al Sistema Nacional de Servicios de Salud para el ejercicio de estas acciones. Estos productos son entregados a las usuarias en los distintos centros de atención primaria de salud del país. De esta manera, las personas afiliadas a FONASA, pueden acceder de manera gratuita a los anticonceptivos hormonales, acercándose a un CESFAM y solicitando hora con una matrona.⁴⁴

El acceso a los métodos de anticoncepción corresponde a un punto primordial para lograr separar la sexualidad de la reproducción, no pudiendo ser el precio de estos un aspecto limitante para lograr su adquisición y uso. Es deber del Estado trabajar en su acceso de manera gratuita, principalmente para aquel porcentaje de la población que posee menores ingresos y se encuentra en situación de vulnerabilidad, siendo necesario estimar y distribuir los recursos e insumos necesarios para disminuir las problemáticas que tienen relación con la regulación de la fertilidad. Por otro lado, los proveedores de salud deben brindar servicios oportunos y eficaces de métodos anticonceptivos con información veraz y clara, que contribuya a la eficacia del método⁴⁵, así como también cumplir con los estándares mínimos que se exigen para dotar de seguridad a sus usuarios. Más allá de las políticas públicas y de los acuerdos entre el Estado y los laboratorios proveedores, se trata de un aspecto básico y elemental de la vida de las personas y los derechos de éstas.

3.1 Normativa aplicable en el sistema público de salud.

Las condiciones de venta de un medicamento se encuentran establecidas en el Registro Sanitario, en adelante el registro, el cual da la posibilidad de, a través de un buscador vía internet, encontrar cualquier tipo de medicamento, incluyendo los diversos métodos anticonceptivos, accediendo a información como fecha del registro, empresa, principio activo y registro, el cual nos

⁴⁴ Cenabast (2022)

⁴⁵ Fernández *et al.* (2016)

indica la información detallada de la descripción del producto, período de eficacia, condición de almacenamiento y la función, razón social y país de la empresa origen del producto.

En época de pandemia, se promulgó la Ley N° 21.267, sobre la adquisición de medicamentos. Señala en el artículo 1 de la ley, que la duración de las recetas se extiende desde los seis meses anteriores a la publicación del decreto de alerta sanitaria. Asimismo, las recetas extendidas durante este periodo tendrán validez para la dispensación de los productos farmacéuticos prescritos en ellas, hasta seis meses después del término de la alerta sanitaria. Esta ley facilitó la adquisición de los anticonceptivos orales, ya que estos solo pueden ser prescritos por médicos y matronas. Y en caso de que los pacientes tengan inconvenientes con sus recetas, o de lo contrario, no cuenten con ella, podrán acudir al químico farmacéutico del establecimiento para que así sea este mismo quien les dé una orientación.⁴⁶

Por otro lado, las Normas Nacionales Sobre Regulación de la Fertilidad del Ministerio de Salud de Chile de 2006, establecen los criterios médicos que se deben tener en cuenta para una adecuada prescripción de anticonceptivos. De esta manera, se les entrega a los pacientes orientaciones acerca del uso de estos medicamentos de manera segura y eficaz, teniendo en consideración factores tales como: etapas de la vida que pueden afectar la elección del método anticonceptivo y condiciones de salud relevante.⁴⁷

En esta misma línea de ideas, la APROFA, organización sin fines de lucro que lleva más de 50 años en la defensa de los derechos sexuales y derechos reproductivos de todas las personas, ha sido un importante agente capacitador de matronas y médicos, en la prescripción y control de los métodos anticonceptivos que se entregan en el sistema público de salud.

A mayor abundamiento, podemos identificar cinco criterios que son la base de estas normas: respeto a los derechos humanos, consideraciones de género, calidad de la atención, del acceso a anticoncepción y anticoncepción en situación de emergencia. Las ideas principales de estos criterios son: respetar los derechos humanos al proporcionar información y servicios de anticoncepción, esto es, se tiene como idea central el orientar a los responsables de formular políticas de salud sobre medidas que garanticen la dimensión de los derechos humanos en la

⁴⁶ Instituto de Salud Pública de Chile (2021)

⁴⁷ Ídem.

provisión de anticoncepción. En la misma línea de ideas y de manera conjunta deben respetarse los siguientes puntos: no discriminación en el acceso a todas las personas en los servicios de anticoncepción, haber un número suficiente de establecimientos que garanticen una oferta amplia y variada de métodos anticonceptivos, así como también la accesibilidad y calidad de ellos.

Las normas también velan por el acceso a la anticoncepción, para ello es necesario que los métodos anticonceptivos cumplan con requisitos y características que permitan a los pacientes alcanzar su meta reproductiva, de manera segura y efectiva para la salud de ellos mismos: eficacia, seguridad, forma de uso, aceptabilidad, disponibilidad, reversibilidad y costo.⁴⁸

Dentro de la normativa relevante en las normas, destacan de manera cronológica las siguientes: en 1967 la Política de Población y de Salud Pública, que ha regido desde entonces las actividades de regulación de la fertilidad en el país, la Norma sobre Encargo de Acciones de Regulación de Fecundidad de 1976, y en 1990 las Bases para una Política de Planificación Familiar.

La Ley N° 20.418, publicada en el año 2010, fija Normas Sobre Información, Orientación y Prestaciones en Materia de Regulación de la Fertilidad. Esta ley tiene por objetivo cumplir con los compromisos internacionales suscritos por el Estado y establecer el pleno derecho a los servicios de regulación de fertilidad. Sumado a esto, la ley debe garantizar la provisión de métodos anticonceptivos y de la anticoncepción de emergencia. Revela, además, que toda la población tendrá derecho a recibir información, orientación y educación en el ámbito de regulación de la fertilidad de manera clara, exhaustiva y confidencial, de acuerdo a sus creencias, para que de esta manera puedan elegir y acceder libremente a los diversos métodos de regulación de la fertilidad.⁴⁹

Sumado al marco normativo, podemos encontrar el marco programático dependiente de la Subsecretaría de salud pública, donde se encuentra el ya mencionado Programa de Salud de la Mujer, sumado a la Política Nacional de Salud Sexual y Salud Reproductiva, y la Norma General Técnica para la atención de víctimas de violencia sexual.

Para el año 2004, las “Metas para el Milenio”, comprometen erradicar la extrema pobreza y el hambre, educación universal, empoderamiento de la mujer y equidad de género, reducir la mortalidad infantil y materna, y combatir el VIH/SIDA. El Estado de Chile se había propuesto

⁴⁸ Biblioteca del Congreso Nacional (2020)

⁴⁹ Fernández *et al.* (2016)

dos indicadores: primero, reducir en un 45% el porcentaje de nacidos vivos de madres menores de 19 años y, en segundo lugar, aumentar la cobertura de métodos anticonceptivos para mujeres en edad fértil, hasta alcanzar al 60% de las beneficiarias del sistema público de salud.

La compra de anticonceptivos es realizada con fondos públicos, acorde a lo establecido en la Ley de Compras N°19.886 y su reglamento, contenido en el Decreto N°250 de 2004, y bajo las Bases de Licitación. Tal como fue explicado en acápite anteriores, los proveedores de servicios de regulación de la fertilidad deben llevar a cabo la orientación en la entrega de un método anticonceptivo y los procedimientos quirúrgicos destinados a evitar embarazos. Las normas establecidas en el documento se basan en los Criterios Médicos de Elegibilidad y las Recomendaciones sobre Prácticas Seleccionadas para el uso de anticonceptivos de la Organización Mundial de la Salud.⁵⁰

4. Fiscalización que ejerce el Estado chileno sobre los laboratorios.

La Ley N° 20.724, establece la obligación del Ministerio de Salud de velar por el acceso de la población a medicamentos o productos farmacéuticos de calidad con seguridad y eficacia. El artículo 96 de la misma ley, expresa que será el Instituto de Salud Pública de Chile, en adelante ISP, la autoridad que se encargará del control sanitario de los productos farmacéuticos, así como también de los establecimientos del área y de fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones de la ley.

En la misma línea, el Decreto 3 que aprueba el Reglamento del Sistema Nacional de Control de los Productos Farmacéuticos de Uso Humano, le atribuye al ISP el control sanitario de los productos farmacéuticos. A mayor abundamiento, le corresponde ejercer las acciones de control de la calidad de los productos farmacéuticos en cualquiera de las fases a las que se refiere el artículo 1° del mismo Decreto.

Dentro de las obligaciones que debe cumplir el ISP, destacan como las más relevantes en el artículo 3° del Decreto 3, la de controlar las condiciones de importación e internación, exportación, fabricación y distribución.

Por otro lado, tal como hemos ido mencionando a lo largo de esta tesina, uno de los casos de fallos de pastillas anticonceptivas, se da por una diferencia de colores entre las pastillas con

⁵⁰ Ministerio de Salud (2014)

principio activo y placebos, hipótesis que estaría prohibida por el artículo 6° del Decreto 3, al tratarse de un producto farmacéutico alterado.

Una de las medidas sanitarias más relevantes de fiscalización llevada a cabo por el ISP, es una medida de carácter precautorio que implica el retiro del producto del mercado, poniéndolo fuera del alcance de la ciudadanía, medida que puede ser adoptada voluntariamente por el propio titular o instruida por la autoridad sanitaria. Luego de estos retiros, deberán iniciarse los sumarios sanitarios para aplicar sanciones en los casos que corresponda. De esta manera, el año 2021 el ISP impuso un castigo de \$66.000.000 a los laboratorios Silesia y Andrómaco.

Sin embargo, la Corporación Miles anunció una demanda contra el Estado de Chile, luego de que el Estado rechazara una propuesta de reparación entregada por la corporación hacia las 200 mujeres que se vieron afectadas en esa oportunidad por los anticonceptivos defectuosos. Esta propuesta de reparación se resumía en los siguientes puntos: reparación y no repetición, protocolo de fiscalización en los medicamentos anticonceptivos, disposición de una oferta más variada de diferentes métodos de larga duración en los centros de atención primaria, creación de un protocolo estandarizado para todos los CESFAM del país que establezca la obligación de mantener un registro del número de lote de las pastillas anticonceptivas que se entrega a cada usuaria y provisión de atención de salud mental.⁵¹

En conclusión, la fiscalización ejercida por el ISP resulta una mera fiscalización administrativa en donde la máxima sanción es la de una multa y no contempla mecanismos de reparación para las usuarias afectadas, por lo que éstas deberán someterse a un juicio ordinario a través de una demanda de indemnización de perjuicios, dejándolas en completa indefensión al obligarlas a transitar por un embarazo no deseado o planificado, cambiando así sus proyectos de vida.

⁵¹ Comisión de Salud de la Cámara de Diputados (2022)

III. ¿RECAE O NO RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRA EL ESTADO Y LOS LABORATORIOS?

1. Determinación de responsabilidad civil. Opiniones doctrinarias.

La responsabilidad civil es una de las instituciones más importantes del derecho privado, e incluso, del Derecho en general. Sin embargo, no encontramos una definición legal de ella en el Código Civil. Situándonos en la idea general de responsabilidad, ésta ha sido definida por la Real Academia Española como *cualidad de responsable*⁵², mientras que “responsable” se define como *obligado a responder de algo o por alguien*⁵³. En el fondo, este concepto general supone una cualidad o necesidad de hacerse cargo de los propios actos y sus consecuencias. Si bien se distinguen diversos tipos de responsabilidad, el foco será la responsabilidad civil, la que ha sido definida por diversos autores.

Para Orlando Tapia Suárez, por ejemplo, la responsabilidad en general es “una necesidad en que un individuo se coloca, de satisfacer toda violación dañosa a la conducta que debe observar en su vida en sociedad, sea que ella se encuentre regida por normas jurídicas, morales o religiosas”; por su parte, la responsabilidad civil es “aquella que deriva del hecho de haberse inferido un perjuicio a una persona determinada”⁵⁴. Al mismo tiempo, el profesor Lorenzo de la Maza Rivadeneira la reconoce como “una obligación que contrae una persona de indemnizar el daño causado a otra, como consecuencia del incumplimiento de una obligación de que ésta es acreedora o que la ha hecho víctima de un delito o cuasidelito civil”⁵⁵. Por su parte, el autor colombiano Javier Tamayo la identifica como “una consecuencia jurídica a partir de la cual quien se comportó ilícitamente debe indemnizar los daños producidos a terceros”⁵⁶.

Otro concepto importante lo entrega el autor Pablo Rodríguez Grez, quien sostiene que la responsabilidad civil es “el deber jurídico de reparar los daños o perjuicios que se producen con ocasión del incumplimiento de una obligación”⁵⁷. El profesor identifica a la responsabilidad como un deber jurídico reparatorio, sosteniendo que consistirá siempre en el incumplimiento de una

⁵² Real Academia Española (2022)

⁵³ Ídem.

⁵⁴ Tapia (1941) p. 18.

⁵⁵ De la Maza (1988) p. 21.

⁵⁶ Tamayo (2007) p. 3

⁵⁷ Rodríguez Grez (1999) p. 11.

obligación preexistente, produciendo un daño para el titular del derecho a quien el infractor debía satisfacer⁵⁸. En conclusión, habrá un deber jurídico de reparar los daños o perjuicios que se producen con ocasión del incumplimiento de una obligación, siendo la obligación un deber de conducta tipificado en la ley, y si dicha conducta no se despliega, quien la infringe debe indemnizar los perjuicios que de ello se siguen⁵⁹.

Ahora bien, entendiendo a la responsabilidad civil en su sentido amplio, se parte de la base de estar frente a una relación obligatoria en la que va a existir un derecho del acreedor de agredir el patrimonio del deudor en virtud del incumplimiento de un deber de prestación. Así lo pone de manifiesto el profesor Enrique Barros en su artículo “*La diferencia entre estar obligado y ser responsable en el derecho de los contratos*”, en el cual pone énfasis en la idea de que el Código Civil, al regular la relación obligatoria, lo que hace es regular una relación obligatoria de tipo contractual, donde se distinguen dos tipos de obligaciones: por un lado, la obligación de primer grado, como aquel débito o deber de comportamiento, y por otro, la obligación de segundo grado, la cual surge a partir de la infracción de la obligación de primer grado y que corresponde al remedio indemnizatorio, esto es, a la responsabilidad civil. Sin embargo, dicho autor reconoce que no solo surgirá responsabilidad civil ante una infracción de dicha obligación preexistente, sino que también cuando lo que se infrinja sean los deberes generales de cuidado, es decir, estándares de comportamiento. Por tanto, lo peculiar del Derecho va a residir en que la relación obligatoria encierra “un deber jurídico del deudor que puede hacerse valer coactivamente sobre su patrimonio.”⁶⁰

A partir de las múltiples definiciones doctrinarias anteriormente expuestas, puede decirse que poseen un rasgo en común: la idea de reparación del daño. Este principio tiene como objetivo el remediar de tal forma el daño causado que se intente dejar a la víctima como si no lo hubiese padecido. Esto es así, porque “surgirá un conflicto desde el momento en que el autor del daño y la víctima son personas diferentes, debido a que la víctima le pedirá al autor la reparación del perjuicio sufrido. Por lo tanto, cabe decir que una persona es responsable siempre que debe reparar un daño.”⁶¹

Una de las normas clásicas que encontramos a partir del tema en estudio es el artículo 2329 inciso primero del Código Civil: *Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de*

⁵⁸ Rodríguez Grez (1999) p. 13.

⁵⁹ Rodríguez Grez (1999) p. 11.

⁶⁰ Barros (2006) p. 722

⁶¹ Mazeaud *et al.* (1963) p. 2

otra persona, debe ser reparado por ésta. Por tanto, a pesar de no tener definición expresa, podemos decir que habrá lugar a la responsabilidad civil - y por consiguiente a la reparación del daño - cuando producto de la infracción a una obligación preexistente o a los deberes de cuidado, una persona (ya sea natural o jurídica) ha causado un daño, el cual deberá ser reparado por ésta. Es más, en virtud de la misma norma se hace patente el hecho de que la reparación debe ser integral, es decir, el principio *alterum non laedere* o de reparación integral del daño. La misma norma señala que “*todo daño*” debe repararse, por lo que se entiende que es el daño en su totalidad, ni más ni menos. Empero, es menester señalar que en nuestro sistema jurídico este principio es propio de solo uno de los estatutos jurídicos de responsabilidad civil: el extracontractual.

Así las cosas, ante la interrogante de si es posible que concurra responsabilidad civil por la falla de anticonceptivos orales entregados por el Estado a mujeres usuarias de la red de salud pública, la respuesta es a todas luces afirmativa. Se trata de más de dos centenares de mujeres que sufrieron daños producto del error con que venían dichos fármacos y que les fueron entregados en los diversos establecimientos de salud a nivel nacional, muchas de ellas aún padeciendo sus consecuencias al día de hoy. Atendiendo a estas consideraciones, el tipo de responsabilidad de que se trata será analizado en uno de los acápites posteriores.

1.1 ¿Cómo podría colisionar la reparación del daño con la vida del niño?

Una sentencia de la Cour d’Appel de París acogió la indemnización de perjuicios hacia los padres de un recién nacido, quienes acudieron al galeno con el objetivo de descartar la enfermedad de rubéola de la madre, ya que, de tenerla, el hijo podría nacer con graves complicaciones. Frente al mal diagnóstico del galeno, quien les aseguró a los padres que la mujer no tendría ninguna enfermedad, el matrimonio se dispuso a tener el hijo, el cual una vez nacido, sufrió todas las complicaciones de la enfermedad. Es así como los padres recibieron una indemnización de perjuicios por el hecho que la información errada que le fue proporcionada por el médico le impidió materializar su derecho a abortar a su hijo, más no así el hijo recién nacido. Esto, debido a que los padres interpusieron una demanda en favor suyo y de su hijo, sin embargo, la Cour d’Apple de París demoró 19 años en acoger la indemnización del menor, ya que se discutía la existencia de un perjuicio causado al hijo por el solo hecho de haber nacido con las consecuencias de la rubéola en su cuerpo.⁶²

⁶² Rivera (2015)

La corte expresa lo siguiente, dado que la culpa cometida por el médico y el laboratorio en la ejecución de su contrato celebrado con la mujer le impidieron ejercer su elección de interrumpir el embarazo a fin de evitar el nacimiento de un niño con discapacidades, este último puede demandar la reparación del perjuicio resultante de esta minusvalía.⁶³

Este punto cobra relevancia ya que la Cour de Cassation señaló que se habría ocasionado un perjuicio al menor debido a que nació con diversas discapacidades que son propias de la enfermedad de Síndrome de Down, por lo que esto lo legitima para solicitar la reparación del daño. Siguiendo esta línea de ideas, podemos ver la diversidad argumentativa, ya que comienzan a aparecer cuestionamientos sociales, religiosos y jurídicos frente a la pregunta que bien plantea el autor Jose Luis Rivera: ¿cómo podría considerarse el hecho de nacer con discapacidades un perjuicio?

Similar caso ocurrió en la primera sala civil de Cour de Cassation del 16 de julio de 1991, donde una mujer demanda la pérdida de chance de su hija de poder nacer sana, hija que fue diagnosticada con Síndrome de Down al momento de nacer y no se le previó a la madre de esta enfermedad con anterioridad. La corte condenó al Centre Hospitalier Regional de Nice a pagar la suma de cuatro millones de pesos como renta mensual a favor del menor de edad, quien nació con una trisomía 21, el cual no fue detectado en la amniocentesis, prueba que la madre había solicitado debido a que deseaba descartar cualquier tipo de riesgos, ya que era una mujer de 40 años.⁶⁴

Un caso que sin duda es de relevancia, es el caso de la clínica Concebir, a la cual acudieron unos padres para realizar un proceso de fecundación in vitro, de la cual nace una menor con Síndrome de Down, luego de que, según los padres, se omitiera realizar el diagnóstico genético preimplantacional necesario para saber si su futuro bebé estaba sano o no. Sin embargo, surge aquí la misma discusión argumentativa, y es que independientemente si el examen debía realizarse de manera obligatoria, la pregunta que se realizan los autores es, si es que el examen arroja resultados negativos, es decir, que la futura hija venía con problemas genéticos, ¿es correcto que los padres la dejen morir? Es cierto que a ojos de la sociedad no necesariamente estarán a favor de descartar a un hijo tal y como se descarta una cosa material.

⁶³ Ídem. p 122.

⁶⁴ Ídem. p 121.

A mayor abundamiento, este acápite está íntimamente relacionado con lo señalado por la Corte de Justicia de Tacna, en donde se señala en el considerando sexto de la sentencia de vista de fecha 12 de julio de 2013, “(...) la gestante no podría tampoco haber decidido interrumpir dicho embarazo, pues a esa fecha, no estaba legislado el aborto eugenésico, incorporado recién al Código Penal peruano, a través del artículo 120 en el año 1991.”⁶⁵

En este mismo caso, pero en segunda instancia, la corte centra sus argumentos en que si bien la enfermedad del menor persiste a la fecha, ello no significa que se deba al tratamiento médico dado, o porque no se haya realizado la ecografía o una amniocentesis, sino que se trata de una enfermedad congénita heredada por los genes de sus padres.

Hasta este punto, corresponde hacer la distinción entre las dos posibilidades que existen de acción de indemnización de perjuicios en este acápite: por un lado , tenemos la acción que puede ser incoada por los padres en casos de *wrongful life*, *wrongful birth* o *wrongful conception*, mientras que por otro lado, la acción que puede interponer el menor o los padres en representación del menor, una vez que ha nacido y este presenta una minusvalía, enfermedad congénita o bien, el menor derechamente quiere incoar una acción de indemnización solo por el hecho de haber nacido.

Respecto a la acción que puede ser incoada por los padres, es un análisis que se realizó en otro acápite de esta tesina, nos remitimos por tanto a mencionar que estamos a favor de acoger esta indemnización. Respecto a la acción que puede ser incoada por el menor, nuestro argumento es negativo en cualquier caso, por lo que pasaremos a exponer a continuación.

No se puede amparar la pretensión sobre la acción del menor, pues el nacer no consiste en un perjuicio, concordamos con el autor José Luis Rivera, que sigue su línea argumentativa teniendo en consideración que el hecho de haber nacido con minusvalías, no es una peor opción frente a otra mejor opción que consiste en que el niño o niña no haya nacido. Comparándolo con el caso de países latinoamericanos e inclusive en nuestro país en donde se legitima el aborto solo en tres causales, se pone en un primer lugar la vida del niño o niña en base a lo indicado por el ordenamiento jurídico a partir de lo dispuesto por el artículo 19 numeral 1 de nuestra Constitución Política de la República. Así las cosas, para esta línea argumentativa el no nacer no es una opción, por lo que no se habría vulnerado el derecho del niño por un perjuicio de haber nacido.⁶⁶

⁶⁵ Ídem.

⁶⁶ Ídem.

Siguiendo en esta línea de ideas, surge la pregunta ¿cuál es el perjuicio a resarcir en concreto al menor afectado? El autor plantea tres hipótesis concretas, éstas son: i) el vivir, ii) la minusvalía o iii) el vivir con la minusvalía. A mayor abundamiento, el análisis realizado por el mismo autor consiste en definir la noción tradicional de perjuicio como “la alteración de una situación preexistente que la responsabilidad civil debe buscar restaurar”⁶⁷. Por lo que en los casos que hemos comentado a lo largo de este acápite, se considera que los menores ya presentaban el mal congénito al momento de nacer, por ende, no existiría una situación de alteración anterior.⁶⁸

A mayor abundamiento, el aborto eugenésico no está legalmente permitido en nuestro país, por lo que el menor no podría alegar que sufre un perjuicio que se materializó con el nacer y que hubiese sido evitado de haberse aplicado la otra opción que era el no-nacer, esto es, haber sido abortado eugenésicamente.

Debido a la acogida de la sentencia por el Tribunal Francés, la legislación de este país promulgó la Ley “anti-Perruche”, también conocida como “Loi Koucher”, la cual establece que nadie puede valerse del perjuicio de su solo nacimiento, en donde el legislador de ese país se vio obligado a dictar esta ley, ya que la acogida de la indemnización del caso Perruche conllevó a una conmoción cultural, religiosa y jurídica en ese país. Por ello, la Ley N°2002-303, de 4 de marzo de 2002, relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad del sistema de salud, dispone lo que ya adelantamos: nadie puede alegar un perjuicio por el solo hecho de su nacimiento.

En ese mismo orden de ideas, el Conseil Constitutionnel en una resolución de la Sentencia n°2010-2 QPC de 11 de junio de 2010 tiene como argumento central lo siguiente: “la persona que haya nacido con una minusvalía debido a un error médico podrá obtener la reparación de su perjuicio cuando el acto culpable provocó directamente la discapacidad o la agravó, o no permitió tomar las medidas susceptibles de atenuarla”.⁶⁹

En esta línea argumentativa, el destacado profesor Hernán Corral, expresa que “un hijo no puede ser nunca concebido como daño, ni económico ni moral, aunque esté aquejado de una dolencia. Con razón se ha dicho respecto del affaire Perruche en Francia que siguiendo los

⁶⁷ Ídem.

⁶⁸ Ídem.

⁶⁹ Conseil Constitutionnel (2010)

argumentos de la sentencia de casación podría llegarse a la conclusión de que para un minusválido la muerte es preferible a la vida”. El autor plantea que esto sería incorrecto, ya que un hijo siempre será un don y no una carga. Por lo que tampoco la existencia debe ser considerada como un daño.

70

Nuestra opinión es favorable en este punto, toda vez que consideramos que el hecho de nacer no constituye un perjuicio, por lo que concluimos en que el niño o niña o los padres en representación de ellos, no podrían incoar una acción de indemnización de perjuicios. A mayor abundamiento, es la madre la que podría interponer esta acción, cuestión que pasaremos a analizar en los siguientes acápites de esta investigación.

1.2 Responsabilidad civil y derechos fundamentales lesionados.

Como se analizó en acápites anteriores, la responsabilidad civil de los laboratorios y el Estado ante la falla de anticonceptivos orales se encuentra determinada: se está frente a la existencia de un daño y éste debe ser reparado. Sin embargo, en el caso en comento no solo se verifica la concurrencia del daño, sino que también una cantidad importante de derechos fundamentales que fueron lesionados

Los derechos fundamentales emanan directamente como atributos esenciales de la dignidad humana, constituyen límites a la soberanía a partir de lo dispuesto por el artículo 5° inciso 2 de la Constitución: *El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.* Los derechos fundamentales están expresamente definidos como emanaciones de la dignidad de la persona humana o como atributos esenciales del ser humano, por los tratados ratificados por el Estado e incorporados al derecho interno y por poseer un procedimiento especial para su modificación o desarrollo, tal como establece el artículo 127 inciso 2° de la Constitución.

José Luis Cea Egaña, define a los derechos fundamentales como “derechos, libertades, igualdades o inviolabilidades que, desde la concepción, fluyen de la dignidad humana y que son intrínsecos de la naturaleza singularísima del titular de esa dignidad. Tales atributos, facultades o derechos públicos subjetivos son, y deben ser siempre, reconocidos y protegidos por el

⁷⁰ Corral (2011)

ordenamiento jurídico, permitiendo al titular exigir su cumplimiento con los deberes correlativos”.⁷¹

En este sentido y tratándose del sujeto principal de nuestra tesina, que es específicamente la mujer que se ha visto afectada ante el fallo de pastillas anticonceptivas, es quien puede exigir respecto de todos los órganos y autoridades estatales y todos los particulares, que los derechos fundamentales se respeten, como atributos esenciales de la persona humana y que, por tanto, le corresponden a la mujer como tal.

Por su parte, la Constitución asegura los derechos fundamentales, los enuncia, delimita, fija sus atributos, elementos subjetivos y objetivos, determina límites ordinarios y extraordinarios o autoriza al legislador para establecer limitaciones. En efecto, la Constitución establece derechos con un alcance previsto y precisado de manera definitiva por ella misma, tal como es enunciado en el capítulo III, de los Derechos y Deberes Constitucionales, por lo que el catálogo de derechos fundamentales se emplea a partir de lo dispuesto por el artículo 19, en sus 23 numerales.

En este punto, concordamos con lo señalado por Niken, al mencionar que “el carácter de derecho inherente a la persona no es reversible en cuanto al derecho en sí, quedando implícitamente incluido de manera permanente como derecho constitucional, ya que ni el tratado ni la Constitución los crea. Resulta inconcebible para la dignidad humana, que lo que hoy se reconoce como un atributo inherente a la persona, mañana pudiera dejar de serlo por una decisión gubernamental”.⁷²

Siguiendo esta línea argumentativa, es que creemos que el Estado debe garantizar y respetar los derechos fundamentales de la mujer tratándose de la hipótesis analizada dentro de esta tesina, tal como el artículo 19 numeral 9, que consagra el derecho a la protección de la salud, por los argumentos que mencionaremos a continuación.

El artículo 19 N°9 asegura como derecho constitucional, el derecho a la protección de la salud. En este sentido, la autoridad no puede ejecutar acciones que vayan contra de ésta, por lo que el Estado debe adoptar las providencias que sean necesarias para resguardarla. Evidentemente, la protección a la salud es un derecho social.

⁷¹ Egaña (2002)

⁷² Niken (1989)

El rol 876 del Excmo. Tribunal Constitucional, expresa que el derecho de la protección de la salud es de índole social, involucrando conductas activas de los órganos estatales y de los particulares para materializarlo en la práctica, habida consideración que la satisfacción de tal exigencia representa un rasgo distintivo de la legitimidad sustantiva del Estado Social de la democracia constitucional contemporánea. En la misma línea argumentativa, la doctrina contemporánea trata a los derechos sociales como derechos plenos y eficaces y el primer paso para que sean efectivos y para su eficacia es su positivización constitucional.⁷³

Si bien solo la opción para escoger el sistema de salud está resguardada por la acción de protección, los tribunales de nuestro país han desarrollado una vía indirecta de protección al bien jurídico representado por la salud, por lo que se han acogido recursos de protección sosteniendo que se han vulnerado otros derechos constitucionales, como, por ejemplo, el derecho a la integridad física y psíquica de una persona. Creemos que si nuestros tribunales han acogido problemáticas de esta índole, urge una modernización, actualización y amparo de la hipótesis de nuestra tesina, ya que no se trata de una situación excepcional, sino que los casos de fallo ante las pastillas anticonceptivas, tal como ya hemos analizado, han ido en aumento y resulta imprescindible que los derechos fundamentales amparados por la Constitución, sean de utilidad y protección para todas las mujeres que se han visto mermadas por este caso en concreto.

2. Tipo de responsabilidad de que se trata y estatuto jurídico aplicable.

Dentro de la institución de responsabilidad civil en nuestro ordenamiento jurídico se reconocen dos tipos de regulaciones o estatutos: la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual. La responsabilidad civil contractual resulta aplicable en “aquellos casos en que el responsable y la víctima se encuentran ligados previamente por una obligación contractual y donde la responsabilidad deriva del incumplimiento total, parcial o tardío de dicho contrato”⁷⁴. La responsabilidad civil extracontractual, por su parte, es aplicable cuando se realiza un hecho ilícito, es decir, “deriva de la comisión de un delito o cuasidelito civil”⁷⁵. En otras palabras, en el primer caso lo que se pretende es reparar el daño que se causa dado el incumplimiento de una obligación preexistente derivada de un contrato. En cambio, en el segundo

⁷³ Aldunate (2014)

⁷⁴ Obreque (2014)

⁷⁵ Ídem.

caso esa obligación preexistente no existe, sino que lo que se repara es el daño derivado del incumplimiento de deberes de cuidado, por lo que, existiendo dolo o culpa, el daño debe ser reparado de manera íntegra.

Centrándonos en el caso que ha sido objeto de la presente investigación, es posible señalar que, tratándose de las usuarias de anticonceptivos orales que resultaron defectuosos, es necesario recurrir a la vía de la responsabilidad extracontractual, en virtud de los fundamentos que se pasan a exponer a continuación.

2.1 En cuanto a la responsabilidad contractual y sus argumentos.

En nuestro Código Civil, no se emplea la expresión de “responsabilidad contractual”, más bien los artículos que se utilizan para configurar el régimen legal son los expresados en el Título XII del libro IV, a propósito “Del efecto de las obligaciones”. Tal como menciona el distinguido profesor Carlos Pizarro, la infracción a la fuerza obligatoria del contrato, genera para el acreedor de la obligación incumplida el derecho a reclamar la indemnización de los perjuicios, salvo que pueda justificarse por la concurrencia de la fuerza mayor o caso fortuito.⁷⁶ De ello se desprende que la justificación de la responsabilidad contractual, parte del reconocimiento del carácter obligatorio del vínculo contractual.

El profesor J. Huet, concluye que la responsabilidad contractual presenta una doble función: asegura el pago por equivalencia de la prestación prometida al acreedor, lo que constituye sancionar una deuda preexistente, y, también, la reparación de los daños causados con ocasión del incumplimiento, de tal manera que se establece entre los interesados un nuevo vínculo de derecho. En este mismo orden de ideas, el profesor Carlos Pizarro agrega lo siguiente, frente al incumplimiento el acreedor tendrá dos derechos: por un lado, el derecho al pago que representa el valor del crédito no satisfecho y, por otro lado, el derecho a la reparación de los daños como consecuencia del incumplimiento.⁷⁷

Siguiendo a Grosser, podría decirse que la responsabilidad contractual permite indemnizar los daños consubstanciales y aquellos consecutivos al incumplimiento. Los primeros no tendrían una función de reparación, sino simplemente de restitución, mientras que los segundos presentan

⁷⁶ Pizarro (2016)

⁷⁷ Ídem.

una función de reparación.⁷⁸ De esta manera, concordamos con el profesor Carlos Pizarro en que tanto en la esfera patrimonial como extrapatrimonial las reglas que gobiernan las consecuencias del incumplimiento contractual deben satisfacer de manera íntegra al acreedor, debe permitir reconstruir el patrimonio y compensar los daños extrapatrimoniales, con el propósito de dejar intacta la esfera patrimonial y personal del acreedor y para lograr aquel objetivo, debe reconocerse la función de reparación.

Siguiendo en esta línea argumentativa al profesor Gonzalo Figueroa Yáñez, es menester que para que haya lugar a la responsabilidad contractual, se deben verificar un conjunto de presupuestos, y estos deben concurrir de manera copulativa, a saber: 1) el incumplimiento de una obligación contractual, 2) la imputabilidad del deudor, es decir, que el deudor debe haber incumplido la obligación con dolo o culpa, 3) los daños o perjuicios experimentados por el acreedor, 4) una relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño que se ha ocasionado, 5) la mora del deudor y 6) no debe concurrir una causal de exoneración de responsabilidad.⁷⁹

Tal como adelantamos, los requisitos anteriormente mencionados deben cumplirse de manera copulativa para que pueda dar lugar la responsabilidad contractual y por consiguiente la indemnización de perjuicios, es por ello que de plano descartamos que la hipótesis de nuestra tesina se adentre en este tipo de responsabilidad, ya que no existe una obligación contractual entre el Estado y las mujeres que se vieron afectadas ante la falla de pastillas anticonceptivas. A mayor abundamiento, creemos que se trataría de un hecho ilícito, por los argumentos que analizaremos en el acápite siguiente.

2.2 En cuanto a la responsabilidad civil extracontractual y sus argumentos.

A modo de panorama general, puede decirse que la responsabilidad civil extracontractual o aquiliana tiene en principio dos fuentes de las obligaciones fundamentalmente, a saber: el delito civil y el cuasidelito civil. Ambos comparten la característica de ser hechos ilícitos, pero se diferencian en cuanto a que el primero fue realizado con la intención de dañar, mientras que en el segundo no existió dicha intención. Ello se extrae a partir de lo que establece el artículo 2284 del Código Civil: *Las obligaciones que se contraen sin convención nacen o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella. Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato.*

⁷⁸ Grosser (2000)

⁷⁹ Figueroa (2012)

Si el hecho es ilícito, y cometido con intención de dañar, constituye un delito. Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito. En este título se trata solamente de los cuasicontratos.

Asimismo, conviene traer a colación la gran importancia práctica de este tipo de responsabilidad en cuanto a su ámbito de aplicación y a la consideración de la mayoría de la doctrina nacional al sostener que constituye la regla general. Mientras que autores como Alessandri, Claro Solar y Abeliuk sostuvieron que en el sistema nacional la regla general estaba dada por las normas de la responsabilidad contractual, los profesores Enrique Barros, Jorge Baraona y Hernán Corral admitieron lo contrario. Siguiendo a este último, “las reglas de responsabilidad contractual fueron dispuestas para su aplicación en el marco de una relación contractual y no corresponde una aplicación extensiva, mientras que, tratándose de obligaciones legales, la normativa a aplicar será la de la responsabilidad extracontractual, destinada justamente a regular los casos de violación de un principio jurídico general, como el de no dañar a otro injustamente.”⁸⁰

Otro punto previo importante que destacar tiene que ver con la aplicación del principio de reparación integral del daño en este tipo de responsabilidad. Desde este punto de vista, lo relevante no será si el daño se produjo a partir de un delito o cuasidelito civil, sino que lo que importará será el daño: en ambos casos el centro de atención estará puesto en la víctima y no en el victimario. Con todo, cabe recordar que este principio solo se aplica en el estatuto de la responsabilidad aquiliana, no así en materia contractual.

Toca ahora referirse a los requisitos de este estatuto, los cuales han sido sistematizados a partir de diferentes posturas, entre las que destacan la del profesor Arturo Alessandri Rodríguez, Hernán Corral, Pablo Rodríguez Grez, Enrique Barros y Mauricio Tapia. Para una mejor comprensión, se seguirá el orden de los profesores Corral y Rodríguez Grez, a saber: hecho del hombre, antijuricidad, imputabilidad, daño y relación de causalidad.

A) Hecho del hombre.

En cuanto a este primer requisito, se ha dicho que para que haya responsabilidad es menester que se dé “un acto humano, es decir, lo que suele denominarse en la nomenclatura civilista un

⁸⁰ Corral (2004) p. 41.

hecho del hombre voluntario”, que puede consistir en una conducta positiva u omisiva⁸¹. Por un lado, tendremos un hecho del hombre, mientras que, por otro, la capacidad.

El hecho de una persona humana resulta clave en todo ilícito civil, sea delito o cuasidelito. Cuando el ilícito es cometido por una persona natural será sencillo detectarlo dada su notoriedad, pero también en los casos que el Código Civil denomina como hechos de los animales (artículo 2326 y 2327) o de los edificios (artículo 2328) habrá también una persona humana: quien tenga al animal o sea el dueño del edificio, respectivamente. Por otra parte, cuando se esté frente a personas jurídicas, de igual manera en la base habrá una persona humana, empero, cosa distinta será si la persona jurídica va a responder.

Para el profesor Rodríguez Grez, “la responsabilidad solo puede concebirse en la esfera de la conducta humana: quien habla de un ilícito civil deberá entender comprometido el comportamiento de la persona humana, aun cuando ello no sea más que el trasfondo del resultado dañoso”⁸². Es por ello, que el autor analiza este requisito de manera objetiva, verificando que exista un hecho de la persona humana, cuestión que escapa del análisis de la voluntariedad y que deberá juzgarse a partir de los demás requisitos⁸³. Cuestión distinta opina el profesor Barros, quien le otorga un tratamiento diverso al incorporar un elemento adicional, esto es, la voluntariedad. En efecto, el autor considera que “hay ocasiones en que la ley impone obligaciones que tengan por antecedente un mero hecho jurídico, caso en el que no existirá responsabilidad civil sino una obligación legal, pues la responsabilidad civil tiene siempre como antecedente un daño atribuible a la conducta libre del demandado y para que el hecho voluntario pueda ser imputado a su autor, requiere adicionalmente que éste tenga una aptitud elemental para discernir entre lo correcto y lo que es riesgoso”⁸⁴, lo cual se expresa en el requisito de la capacidad.

La capacidad, denominada capacidad extracontractual, capacidad delictual o cuasi delictual, no debe confundirse con las otras ideas de capacidad que se tienen en otras materias - como en el derecho penal o sucesorio -, pues son reglas diferentes. La regla general consiste en que todas las personas tienen capacidad extracontractual, por lo que la excepción estará dada por la incapacidad, la cual ha sido establecida por el legislador. Por consiguiente, bastará distinguir entre lo bueno y lo malo para decir que se configura el discernimiento que se exige en sede extracontractual.

⁸¹ Corral (2004) p. 112.

⁸² Rodríguez Grez (2009) p. 119.

⁸³ Rodríguez Grez (2009) p. 124.

⁸⁴ Barros (2010) p. 63.

Adicionalmente, la capacidad será condición de imputabilidad, pues “la imputabilidad subjetiva del hecho supone que el autor tenga algún grado mínimo de aptitud de deliberación para discernir lo que es correcto de lo que es riesgoso.”⁸⁵

Cabe recordar que en el caso que ocupa la presente investigación se trata de la responsabilidad del Estado y los laboratorios, por lo que es necesario traer a colación lo que respecta a la capacidad de las personas jurídicas. El artículo 545 inciso primero del Código Civil establece que: *Se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.* Se entiende que “las personas jurídicas tienen voluntad, la cual se expresa por quienes forman parte de sus órganos o actúan como sus representantes, por lo que pueden ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, lo cual no solo comprende el ámbito contractual sino también el extracontractual”⁸⁶. En el mismo sentido, la jurisprudencia nacional ha fallado diciendo que “las personas jurídicas o naturales se encuentran obligadas a indemnizar el daño o los perjuicios sufridos por otra a causa de hechos que son de su responsabilidad”⁸⁷, por lo que no cabe duda de que la capacidad de las personas jurídicas comprende el ser responsables extracontractualmente.

Siguiendo las líneas anteriores, las personas jurídicas también van a responder civilmente por hechos que les son imputables personalmente y además por el hecho ajeno cometido por sus dependientes. Siguiendo a Barros, tratándose del primer caso, es decir, cuando responde por el hecho propio, podrán darse dos tipos de situaciones: que alguno de los representantes de la persona jurídica haya tomado una decisión a nombre de ésta, o bien, cuando no se tenga identificada una decisión formal de la persona jurídica ni tampoco la persona natural que tomó la decisión. En cuanto al segundo caso, va a responder como tercero civilmente responsable cuando “quien ha cometido el ilícito civil sea una persona natural que tiene el carácter de dependiente de la persona jurídica”⁸⁸, ello en virtud de la presunción del artículo 2320 del Código Civil que en su inciso primero dispone que: *Toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado.* Por tanto, la víctima del daño tendrá dos potenciales personas contra las cuales accionar: el que cometió el delito civil y el tercero civilmente responsable.

⁸⁵ Barros (2010) p. 64.

⁸⁶ Barros (2010) p. 69.

⁸⁷ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia (2002)

⁸⁸ Barros (2010) p. 70.

Trasladando lo explicado hasta ahora hacia la hipótesis del Estado y los laboratorios, sí se configura el primer requisito de la responsabilidad civil extracontractual, toda vez que se ha incurrido por estos en acciones u omisiones, teniendo la capacidad para aquello, de las que se han derivado consecuencias graves y dañosas. Ahora bien, la manera en que dichos entes deban responder será una cuestión para analizar con posterioridad.

B) Antijuricidad.

Según este segundo elemento, “para que haya responsabilidad es necesario que el daño provenga de un comportamiento objetivamente ilícito, contrario al ordenamiento, contrario a lo justo. Luego, la valoración de la ilicitud de la conducta que genere responsabilidad podrá fundarse en una infracción a un deber legal expreso o en la transgresión del principio general de que no es lícito dañar sin causa justificada a otro.”⁸⁹

Sin embargo, pese a lo señalado con anterioridad, la concurrencia de este elemento como requisito autónomo ha sido discutible, pues gran parte de la doctrina ha considerado que éste se encuentra ya incorporado en otro de los requisitos: el dolo o la culpa. Quienes no están de acuerdo con la postura mayoritaria son los profesores Rodríguez Grez y Corral, los que han considerado que en Chile los civilistas han ignorado la antijuricidad, pues la han subsumido en el *alterum non laedere* del artículo 2329 del Código Civil: *Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta*. En opinión de estos autores, aquello ha resultado insuficiente, pues se alude a una regla general y no se considera todas las situaciones posibles⁹⁰. Siguiendo la misma línea, la antijuricidad será una exigencia autónoma e independiente de la culpabilidad - dolo o culpa - y del daño, pues, aunque muchas veces se relacionan, esto no significa que en todos los casos será así, ya que “puede haber culpa, pero no ilicitud y un daño puede causarse de manera justificada.”⁹¹

Vinculado a lo anterior, se halla una distinción realizada por Rodríguez Grez en torno a la antijuricidad, reconociendo dos tipos. Primero, habrá antijuricidad formal cuando exista una oposición entre una norma específica y una conducta. Segundo, la antijuricidad material será aquella que se funde en dos elementos: dolo y culpa y sistema normativo, donde “la violación realizada por el infractor que actúa antijurídicamente absorberá el dolo o la culpa al quebrantar

⁸⁹ Corral (2004) p. 118.

⁹⁰ Rodríguez Grez (2009) p. 131.

⁹¹ Corral (2004) p.118.

materialmente el sistema jurídico (por ejemplo, cuando se violenta el orden público, la moral, las buenas costumbres, la salubridad pública, etc.). De esta forma, existirá responsabilidad civil cuando la conducta engañosa es antijurídica, así ella no sea ni dolosa ni culpable, aun cuando, por regla general, el acto doloso y culpable que causa daño sea antijurídico”⁹².

Podrá decirse, entonces, que en el caso de marras se está en presencia de este segundo requisito de responsabilidad aquiliana, por cuanto existe una conducta por parte del Estado y los laboratorios que resulta contradictoria al ordenamiento jurídico, de la cual va a derivar la responsabilidad de estos de reparar el daño causado a las consumidoras de anticonceptivos orales. Ello es así, toda vez que tampoco se verifica la concurrencia de causas de justificación que exoneren de responder, como lo serían la legítima defensa o el estado de necesidad, cuestiones que, además, no se examinarán con profundidad pues corresponden a estudios diversos del tema a tratarse en esta investigación.

C) Daño.

Otro elemento necesario para configurar responsabilidad extracontractual es el daño, pues así lo establece el artículo 1437 del Código Civil, según el cual: *Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos sujetos a patria potestad.* Por su parte, el artículo 2314 del mismo Código dispone que: *El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.*

Según Fernando Fueyo Laneri, el daño es aquella “violación de uno o varios derechos subjetivos que integran la personalidad jurídica de un sujeto, la cual es producida por un hecho voluntario, que genera en favor de la persona agraviada el derecho de obtener una reparación del sujeto a quien la norma imputa el hecho ilícito.”⁹³ En cambio, para el profesor Domínguez Águila el daño “implica la privación de algún bien, de un derecho o la alteración de alguna situación jurídica o lesión de un interés, presente o futuro.”⁹⁴ Como es posible apreciar, “los autores disienten

⁹² Rodríguez Grez (2009) p. 141.

⁹³ Fueyo (1991) p. 364.

⁹⁴ Domínguez (1990) p. 125.

en el objeto sobre el cual debe recaer el daño. Algunos afirman que la lesión debe afectar un derecho subjetivo de la víctima. Otros, que basta con la lesión de un interés”⁹⁵. Sin embargo, debe decirse que lo que hoy prima en nuestro sistema es la “concepción material del daño”, donde este último será entendido como cualquier detrimento a un interés legítimo, lo cual a todas luces contrasta con la concepción jurídica primeramente expuesta según la cual necesariamente debe existir una lesión a un derecho subjetivo. En palabras del profesor Rodríguez Grez, “el daño, como elemento constitutivo de un ilícito civil, consiste en la lesión, menoscabo, pérdida, perturbación o molestia de un interés, así este se halle o no constitutivo en derecho, siempre que el mismo, en este último evento, esté legitimado por el ordenamiento jurídico.”⁹⁶

Dicho lo anterior, para que el daño sea reparable necesita de ciertos requisitos copulativos que serán idénticos tanto en la responsabilidad civil contractual como en la extracontractual. Estos son: (1) debe ser cierto, (2) debe ser directo, (3) debe ser previsible y (4) no se encuentre reparado.

En virtud de las explicaciones recientemente expuestas, puede decirse que no cabe duda que se está en presencia de un daño que debe ser reparado, toda vez que las usuarias de los métodos de anticoncepción erróneos vieron perturbados diversos ámbitos de su vida desde que se enteraron de la compleja situación en la que se encontraban, entre los cuales se identifican la vulneración de sus derechos y de su salud sexual y reproductiva, el escenario de completa indefensión y desinformación, el desembolso económico permanente que apareja la concepción de un niño no planeado, e incluso, se podría llegar a plantear la interrogante de si es posible considerar como daño el nacimiento del niño, cuestión que fue abordada en el capítulo anterior de la presente investigación.

D) Relación de causalidad.

Lo primero que debe señalarse es que, si bien en el ámbito de la responsabilidad extracontractual la relación de causalidad no es un requisito que aparezca explícitamente en el Título XXXV del Libro IV del Código de Bello, no se discute por este hecho su exigibilidad, pues se dice que “está contenido implícitamente en el Código Civil. Así, el artículo 2314 señala que, para ser fuente de responsabilidad, el delito o cuasidelito debe haber “*inferido daño a otro*”; el artículo 2318 dice que el ebrio es responsable del daño “*causado por su delito o cuasidelito*”; el artículo 2319 habla de

⁹⁵ Rodríguez Grez (2009) p. 258.

⁹⁶ Rodríguez Grez (2009) p. 259.

los “daños causados” por incapaces; el artículo 2325 se refiere también a “daños causados” por dependientes, etc.”⁹⁷

En lo que respecta a su contenido, este requisito se refiere a que “entre el comportamiento voluntario e ilícito del autor y el daño sufrido por la víctima debe existir una relación o nexo. La relación es la de “causa-efecto”: el hecho ilícito ha de ser considerado la causa del daño, y el daño el efecto del hecho ilícito.”⁹⁸ Es así como se torna absolutamente relevante la concurrencia de este elemento desde el punto de vista de su funcionalidad, pues “en circunstancias que solo se responde civilmente por daños, y no por conductas reprobables que no se materialicen en perjuicios, la causalidad expresa el más general fundamento de justicia de la responsabilidad civil, porque la exigencia mínima para hacer a alguien responsable es que exista una conexión entre su hecho y el daño. Solo bajo esa condición puede darse por establecido un vínculo personal entre el responsable y la víctima de ese daño.”⁹⁹

Es menester señalar que a partir de este elemento hay una distinción en relación al daño, clasificándose de dos maneras: daño directo y daño indirecto. El primero de ellos se produce como consecuencia directa del incumplimiento, ya sea en sede contractual o extracontractual. Por tanto, queda comprendido dentro del requisito relación de causalidad. En contraposición, el segundo tipo de daño queda fuera de dicho nexo causal, por lo que no resultará resarcible. Resulta relevante el análisis en comento, toda vez que tratándose de la responsabilidad aquiliana lo más probable es que el daño no sea consecuencia de un solo hecho, sino que de varios. Se trata de una tarea difícil, ya que, en palabras de Rodríguez Grez, “ella, en el fondo, tiene como antecedente obligado la circunstancia de que todas las acciones humanas se entrelazan en una sucesión de hechos que van operando, simultáneamente, como causas y efectos. Ningún hecho del hombre se presenta aislado, todos ellos están recíprocamente condicionados. La vida humana es una cadena de hechos unidos y enlazados en un proceso continuo de causas-efectos, antecedentes-consecuencias.”¹⁰⁰

Como consecuencia de lo señalado anteriormente, se han formulado diversas teorías que vienen a resolver el problema, siendo las más importantes la “teoría de la equivalencia de condiciones” y “la teoría de la causalidad adecuada”. No obstante, ello comprende una discusión que va más allá de lo que se quiere tratar en este trabajo, por lo que, abocándose a la hipótesis

⁹⁷ Corral (2004) p. 179.

⁹⁸ Ídem.

⁹⁹ Barros (2010) p. 373.

¹⁰⁰ Rodríguez Grez (2009) p. 374.

objeto de estudio, se dirá que resulta evidente que se configura un nexo causal entre la falla de anticonceptivos orales entregados a las usuarias del sistema público de salud y el daño provocado a las mismas.

E) Imputabilidad.

Respecto a esta última exigencia, se ha dicho que “el hecho no solo debe ser ilícito, sino también culpable, en el sentido de que ha de poderse dirigir un juicio de reproche personal al autor. Este juicio de reprochabilidad puede fundarse en la comisión dolosa (con dolo) o culposa (con culpa).”¹⁰¹ Por consiguiente, en este requisito habrá dos elementos que podrán utilizarse para darle lugar: el dolo y la culpa.

En lo que concierne al dolo, el profesor Rodríguez Grez ha sostenido que se incurre en él “toda vez que se obra con la intención de dañar”¹⁰², definición que va en consonancia con lo dispuesto por el artículo 44 inciso final del Código de Bello: *El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro*. Mayoritariamente se ha entendido que la mencionada disposición legal recoge el denominado *animus nocendi*, es decir, la intención positiva de causar daño o ánimo de dañar, por lo que surge la siguiente pregunta: ¿Es necesario que se tenga la intención de causar daño para configurar un delito civil o solo se requiere de la voluntariedad? Autores como Barros y Domínguez han sostenido que ello es irrelevante, pues de no concurrir dicha intención, habría culpa. Por tanto, se configuraría un cuasidelito civil en cuyas consecuencias también queda comprendido el principio de reparación integral del daño.

En lo relativo a la culpa, ésta ha sido definida como “la omisión de la diligencia a que se estaba jurídicamente obligado.”¹⁰³ Tratándose de la responsabilidad extracontractual, la noción de culpa es bastante amplia, por lo que admite una diversidad de modalidades: por acción u omisión, impericia, imprudencia, temeridad, infracción de reglamento o de ley. Además, nuestra legislación civil contempla diferentes presunciones de culpa, las cuales se encuentran contempladas desde el artículo 2310 al 2329 del Código Civil, y que el profesor Alessandri dividió en tres grupos: la presunción de culpa por hecho propio, por hecho ajeno y por hecho de las cosas. Finalmente, se ha señalado que “la culpa nace de la negligencia, la imprudencia o la impericia.”¹⁰⁴

¹⁰¹ Corral (2004) p. 207.

¹⁰² Rodríguez Grez (2009) p. 163.

¹⁰³ Tapia (1941) p. 132.

¹⁰⁴ Rodríguez Grez (2009) p. 179.

Situándonos en el caso de marras, se hace patente que, por lo menos, en el caso en cuestión existió negligencia por parte del Estado y de los laboratorios. Por un lado, del Estado, pues, pese a tener a su disposición organismos como CENABAST e ISP, de igual forma los anticonceptivos fallados llegaron a manos de las usuarias de los centros de salud primaria. Por otro lado, los laboratorios, en cuyo actuar no se verificó una correcta aplicación de los estándares y exigencias debidos para el empleo de sus funciones en la fabricación de productos farmacéuticos.

2.1.1 La responsabilidad extracontractual del Estado.

Especial mención requiere en este apartado lo que respecta a la responsabilidad extracontractual del Estado, en tanto no solo se considerará como responsable civilmente a los laboratorios como personas jurídicas, sino que también al Estado chileno. Este tema ha pasado por diferentes etapas a nivel doctrinal y jurisprudencial, e incluso, se puede decir que existe una suerte de disociación entre la postura de los civilistas y administrativistas en cuanto a la definición, naturaleza y los requisitos que exige dicha responsabilidad.

A propósito de los criterios de atribución de responsabilidad del Estado, el profesor Enrique Barros sostiene que la responsabilidad por culpa en nuestro sistema jurídico tiene una función residual de responsabilidad de los órganos de la Administración del Estado, pues “la culpa civil se refiere al incumplimiento de deberes generales de cuidado en nuestras relaciones con los demás. Los órganos del Estado están naturalmente sujetos a los deberes de cuidado que tienen por objeto impedir que ocurran accidentes que debieron ser prevenidos con el cuidado ordinario. No es una responsabilidad que surja del ejercicio de una potestad o función pública (como ocurre con la falta de servicio), sino simplemente del ejercicio material de una actividad cualquiera, como es administrar un consultorio médico.”¹⁰⁵

Como se ha dicho, este tema ha pasado por distintas etapas, en una de las cuales se dijo que el Estado respondería por los daños ocasionados por sus servicios en virtud de la responsabilidad estricta u objetiva. Dicha postura se argumentaba acudiendo fundamentalmente a la normativa en general de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado - Ley N° 18.575 - y al artículo 38 inciso segundo de la Constitución Política, el cual establece que: *Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus*

¹⁰⁵ Barros (2010) p. 485.

organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño.

Más adelante, un planteamiento diverso fue planteado y constituye hoy la tesis actual, según la cual se entiende que la responsabilidad es la llamada "por falta de servicio". Autores administrativistas como Gustavo Fiamma, Luis Cordero, Eduardo Cordero y Pedro Pierry han sustentado esta idea, aludiendo a que se trata de una responsabilidad distinta. Por consiguiente, la responsabilidad por falta de servicio no correspondería a una responsabilidad objetiva, puesto que esta última "no corresponde, al menos, a lo que en derecho civil se conoce tal y esto es, aquella en que basta para comprometerla el que exista un vínculo o relación de causalidad entre el hecho y el daño. En el derecho civil, el elemento culpa o dolo es esencial en la responsabilidad subjetiva y es por ello que el concepto de responsabilidad objetiva está dado principalmente por la ausencia del requisito de haber obrado con culpa o dolo. Sin embargo, la objetivización de la responsabilidad se produce no por la falta de necesidad de culpa o dolo, sino que, positivamente por ser suficiente para comprometerla, la relación de causalidad. Ahora bien, en la falta de servicio, categóricamente no basta con la relación de causalidad, ya que es necesario la falta de servicio".¹⁰⁶

Trasladándose ahora a las consideraciones del derecho privado, se ha dicho que la responsabilidad por falta de servicio cumple una función idéntica a la responsabilidad por culpa en el derecho civil. En palabras de Enrique Barros, "como en el caso de la culpa civil, no exige un juicio de reproche personal respecto del agente del daño, sino supone una valoración objetiva de la conducta de la Administración. La responsabilidad por falta de servicio exige calificar de defectuoso el funcionamiento del servicio público, y esa calificación supone comparar el servicio efectivamente prestado con el que se debió ejecutar por el municipio u otro órgano de la Administración del Estado. En consecuencia, la responsabilidad por falta de servicio no es estricta y objetiva en un sentido propio, porque no basta acreditar que el daño fue causado por la acción u omisión del demandado, sino supone un juicio de valor acerca del nivel y calidad de servicio que era exigible."¹⁰⁷

Bajo este orden de ideas, la idea de que se está frente a la responsabilidad estricta ha sido desechada. Lo que hoy se tiene es la responsabilidad del Estado frente a la falta de servicio, que básicamente se traduce en probar la culpa. Por tanto, es del todo posible afirmar que el Estado

¹⁰⁶ Pierry, Pedro (2016) p. 290

¹⁰⁷ Barros (2010) p. 486.

debe responder por aquellos daños causados por sus funcionarios al desarrollar de forma indebida sus funciones, quedando radicada dicha competencia en los tribunales ordinarios de justicia.¹⁰⁸

3. Daños susceptibles de resarcirse.

Nuestro Código Civil no entra una definición expresa del vocablo daño, sino más bien se limita a nombrarlo en variados artículos, así, por ejemplo, en materia de responsabilidad extracontractual en el artículo 1437, “las obligaciones nacen, (...) ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos”; el artículo 2314 expresa que debe existir un daño para que el que cometa un delito o cuasidelito sea obligado a indemnizar. Por su parte, el artículo 2329 expresa que por regla general *todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta*. Como ya adelantamos, el código no entrega una definición expresa de este vocablo.¹⁰⁹

Siguiendo a José Luis Diez, existe una tendencia doctrinaria en donde podemos ver dos posiciones a la hora de conceptualizar el daño. Por un lado, tenemos una concepción jurídica, la cual postula que el daño se integra a partir de dos elementos; a) elemento de hecho, que está representado por la lesión, perjuicio o menoscabo y b) elemento jurídico, el cual está representado por el atentado a un derecho. Mientras que la otra posición, se observa una tendencia que no diferencia la concepción vulgar de daño de una pretendida noción jurídica. A mayor abundamiento, se entiende al daño “como un hecho y caben en él las lesiones a sentimientos, las alteraciones a situaciones de hecho”¹¹⁰.

El profesor Arturo Alessandri Rodríguez, define al daño de la siguiente manera: “todo detrimento, perjuicio, menoscabo o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc” Alessandri Rodríguez, Arturo, De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno, N°138, pág. 210, Imprenta Universitaria, Santiago de Chile, 1943. Esta definición de daño, lo concibe como un hecho, empero, existen autores nacionales que siguen una concepción jurídica de daño. Por ejemplo, Fernando Fueyo Laneri, entiende al daño como “la violación de uno o varios de los derechos subjetivos que integran la personalidad jurídica de un sujeto, producida por un hecho voluntario, que engendra a favor de la

¹⁰⁸ Corral (2004) p. 303.

¹⁰⁹ Schwerter (2017) p.17.

¹¹⁰ Ídem.

persona agraviada el derecho de obtener una reparación del sujeto a quien la norma imputa el referido hecho, calificado de ilícito”.¹¹¹ Tal como indica el profesor José Luiz Diez, queda en evidencia que en esta definición se incluye la idea de ilicitud, ya que se exige “la violación de uno o varios de los derechos subjetivos que integran la personalidad de un sujeto”.¹¹²

A propósito de los derechos subjetivos adelantamos que tal como indica Fueyo Laneri, estos derechos pueden ser patrimoniales o extrapatrimoniales. Tratándose de los primeros, si son lesionados van a dar lugar a un daño patrimonial, mientras que, en el caso de los segundos, su menoscabo va a dar lugar a un daño extrapatrimonial o moral. Sin embargo, mayoritariamente se entiende al daño en nuestra jurisprudencia como la lesión a un simple interés, mientras que es la tendencia minoritaria la que lo concibe como un atentado a un derecho subjetivo.¹¹³

Centrándonos en la posición mayoritaria, esto es, el daño como lesión a un simple interés, se define al daño como “toda lesión a un simple interés o a una situación de hecho de la víctima de un delito o cuasidelito civil”, esto por los siguientes argumentos que pasaremos a exponer a continuación: 1) La jurisprudencia nacional ha definido expresamente al daño como “todo menoscabo que experimenta un individuo en su persona y bienes, la pérdida de un beneficio de índole material o moral, de orden patrimonial o extrapatrimonial”, 2) “no es necesario que el perjuicio, detrimento o menoscabo consista en la lesión o pérdida de un derecho que la víctima sea dueña o poseedora”, ya que el daño de igual manera va a generar responsabilidad toda vez que lesione intereses tanto materiales como morales.¹¹⁴

Ahora bien, se considera al daño como un elemento indispensable de la responsabilidad civil extracontractual, ya que este tiene un fin reparatorio del daño causado. Así lo ha manifestado la Corte de Apelaciones de Chillán, quien menciona expresamente que “el daño es elemento indispensable de la responsabilidad extracontractual y así se desprende de lo dispuesto en los artículos 1437, 2314 y 2329 del Código Civil.”¹¹⁵

En esta línea de ideas, han sido varios los planteamientos de la jurisprudencia nacional sobre aspectos de la responsabilidad civil en relación al daño, los cuales pasaremos a analizar a

¹¹¹ Figueroa (2012)

¹¹² Schwerter (2012) p. 19.

¹¹³ Ídem. p. 21.

¹¹⁴ Ídem. p 22.

¹¹⁵ Ídem.

continuación, entregándoles el correspondiente análisis en relación a la hipótesis de nuestra tesina.¹¹⁶

A) En cuanto al daño como fuente de la obligación de indemnizar, lo que caracteriza al cuasidelito civil es el hecho de inferir injuria o daño a otra persona, por consiguiente, ésta es la fuente de la obligación de indemnizar el daño causado.¹¹⁷

El cuasidelito civil, esto es, el hecho de inferir injuria o daño a otra persona es el hecho realizado por el Estado al momento de existir un fallo en las pastillas anticonceptivas, cuestión que ocasiona injuria o daño a las mujeres que se han visto afectadas, por lo que esta afectación es la fuente de la obligación de indemnizar el daño causado.

B) En cuanto a la exigibilidad del daño como elemento que diferencia al delito penal del delito civil y a la responsabilidad penal de la responsabilidad civil, los tribunales afirman que la característica esencial del delito civil consiste en que el hecho ilícito que importa, infiere injuria o daño a otra persona, circunstancia ésta que marca la diferencia con el delito penal, que es toda acción u omisión voluntaria penada por la ley, con prescindencia del factor injuria o daño a la víctima del delito.¹¹⁸

En este sentido, nos encontramos ante un delito civil, toda vez que el hecho ilícito, consiste en el fallo de las pastillas anticonceptivas, y por consiguiente, el daño hacia las mujeres que se vieron afectadas por esta situación.

C) Aplicando el principio *no hay acción sin interés*, los tribunales han determinado que en la medida en que no exista un daño indemnizable, se rechazará la demanda civil dirigida contra el encartado.¹¹⁹

Siguiendo la línea argumentativa de los tribunales de nuestro país, en la hipótesis planteada por nuestra tesina existe un daño indemnizable, toda vez que el perjuicio ocasionado cumple con los requisitos del daño y de la responsabilidad civil, cuestión que ya fue analizada con anterioridad y será analizada en los puntos siguientes.

¹¹⁶ Ídem. p. 29.

¹¹⁷ Ídem.

¹¹⁸ Ídem.

¹¹⁹ Ídem.

D) Prueba del daño: Los tribunales han expresado que, una vez acreditada la existencia de un delito, bastará probar la naturaleza, monto y demás particularidades del daño, para que sea procedente la acción civil, sin consideración alguna a la pena, cualquiera que sea la naturaleza de esta.¹²⁰

E) Respecto al titular de la acción de indemnización de perjuicios, la Corte Suprema ha señalado que la responsabilidad civil surge del hecho dañoso a favor de la víctima del daño y el derecho a hacerla efectiva no pertenece al Estado, sino a quien sufrió el perjuicio.¹²¹

La víctima del daño, es decir, las mujeres afectadas ante el fallo de las pastillas anticonceptivas, deben hacer efectiva la responsabilidad civil y posterior indemnización contra el Estado y los laboratorios. No es una tarea del Estado, sino por el contrario, el Estado debe encargarse de la protección de la salud de las mujeres, por lo que, a mayor abundamiento, si es que el Estado no logra ejercer una correcta ejecución al momento de fiscalizar a los laboratorios o distribuir los métodos anticonceptivos, será el responsable de indemnizar a las mujeres afectadas. De esta manera, “desde la perpetración del hecho culposo o doloso, nace la acción civil para obtener la reparación de los daños a condición de que éstos realmente se produzcan”.¹²²

Ahora bien, es menester iniciar con el análisis de los requisitos para que el daño dé lugar a la responsabilidad civil extracontractual, para ello seguiremos la línea argumentativa del profesor Gonzalo Figueroa Yáñez, autor que sostiene que el daño debe ser: i) cierto, ii) directo, iii) previsible, y iv) que no se encuentre reparado.

i) El daño debe ser cierto.

Debe tratarse de un daño actual o futuro, y éste debe realmente existir o llegar a existir, es decir, se exige que exista la certeza de que el daño necesariamente se produjo o se producirá, por lo que, ante el fallo de las pastillas anticonceptivas, el daño necesariamente va a existir, si es que la mujer afectada, valga la redundancia, se ve menoscabada producto del hecho ilícito. De ello se desprende que no serán resarcibles los perjuicios meramente eventuales o hipotéticos.

¹²⁰ Ídem. p. 30.

¹²¹ Ídem.

¹²² Ídem.

ii) El daño debe ser directo.

En palabras de Gonzalo Figueroa, que el daño sea directo significa que, “la pérdida, menoscabo, perturbación o molestia debe ser consecuencia inmediata y necesaria del hecho que lo provoca.” En este punto, nos remitimos a lo mencionado por nuestros acápites anteriores en el análisis de la relación de causalidad de la responsabilidad extracontractual.

iii) El daño debe ser previsible.

Nuestra doctrina afirma que en la responsabilidad extracontractual deben indemnizar tanto los perjuicios previsibles como los imprevisibles, esto se desprende del artículo 2329 el cual menciona “*todo daño*”. Empero, se pierde de vista el factor de conexión de causalidad, en donde el daño no sólo fue imposible de prever por el agente concreto que actuó, sino que era imprevisible para cualquier hombre medio razonable.

3.1 ¿De qué manera van a responder, solidaria, mancomunada o concurrentemente?

Luego de haber definido el tipo de responsabilidad de que se trata y los daños susceptibles de ser indemnizados, toca ahora referirse a la manera en que los sujetos van a responder. La presente tesina se inclina por sostener que se responderá solidariamente, en virtud de los argumentos que se pasarán a exponer.

En la actual legislación, las obligaciones solidarias “se caracterizan porque cualquiera de los acreedores tiene la facultad de exigir del deudor el cumplimiento de la prestación por entero (solidaridad activa), o cualquiera de los deudores debe realizar esa prestación en su totalidad al acreedor (solidaridad pasiva).”¹²³ Por su parte, René Abeliuk define a la obligación solidaria como “aquella en que debiéndose una cosa divisible y existiendo pluralidad de sujetos activos o pasivos, cada acreedor está facultado para exigir el total de la obligación, y cada deudor puede ser obligado a cumplirla íntegramente.”¹²⁴

¹²³ Romero Seguel (2019)

¹²⁴ Abeliuk (2009) p. 418.

En cuanto a las fuentes de la solidaridad, se reconocen tres tipos: la convención, el testamento y la ley, pues así lo dispone el artículo 1511 inciso segundo del Código de Bello: *Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o insólidum.*

La fuente en que se centrará esta investigación es la ley, siendo el caso más relevante establecido por ésta la hipótesis contenida en el artículo 2317 del Código Civil: *Si un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito, salvo las excepciones de los artículos 2323 y 2328.* Capital importancia tiene el transcrito precepto legal, toda vez que la regla general en materia de responsabilidad extracontractual es la solidaridad ante la pluralidad de deudores. En cambio, en la responsabilidad contractual la regla es diversa, pues allí se aplica la mancomunidad. Tal como sostiene Rodríguez Grez, “la regla general es precisamente inversa, la acción indemnizatoria es simplemente conjunta en la responsabilidad contractual y solidaria en la responsabilidad delictual y cuasidelictual.”¹²⁵ Con todo, serán solidariamente responsables todos aquellos que intervinieron en el hecho ilícito.

Otra cosa que se ha dicho en torno a la ley como fuente es que “la determinación final de la solidaridad surgirá en la sentencia judicial que declarará los sujetos deben responder en esa calidad. Ello porque las normas legales que establecen esta forma de responder lo hacen a través de supuestos generales, que el juez debe calificar para cada caso, conforme a la conducta desplegada por el deudor, para poder imputarle esta responsabilidad.”¹²⁶ Por lo tanto, una vez que sea ejercida en los tribunales de justicia la acción de responsabilidad civil en contra del Estado y los laboratorios y, por consiguiente, se establezca la obligación de estos de reparar el daño, “es deber de los varios deudores -cada uno por separado y, a la vez, todos juntos- dar cumplimiento a la prestación debida en su totalidad, es decir, íntegramente. Cada uno de los deudores solidarios viene considerado, en sus relaciones con el acreedor, como deudor de la integridad de la prestación, es decir, se halla obligado *in totum et totaliter*.”¹²⁷ En este sentido, tanto el Estado como los laboratorios van a deber el todo.

Queda de manifiesto, por lo tanto, que una obligación solidaria será aquella en que existe pluralidad de deudores y/o de acreedores, cuya prestación recaerá sobre un objeto divisible, donde

¹²⁵ Rodríguez Grez (2009) p. 28.

¹²⁶ Ídem.

¹²⁷ Ídem.

cada acreedor podrá exigir el pago íntegro del crédito y cada deudor estará obligado a pagar íntegramente la deuda. En lo referente a sus requisitos, se necesita la concurrencia de cinco de ellos: (1) pluralidad de sujetos, (2) divisibilidad del objeto, (3) unidad de la prestación, (4) ser expresada y (5) extinción total de la obligación por el pago a uno de los acreedores por uno de los deudores.

A) Pluralidad de sujetos.

Según este primer requisito, se necesitará la concurrencia de pluralidad de acreedores y/o deudores. Además, se hace un distinguo en virtud de que “la solidaridad puede ser activa o pasiva. Es activa cuando existe entre acreedores; es pasiva cuando son varios los deudores solidarios. Podrá ser activa y pasiva a la vez. La solidaridad activa carece por completo de importancia; pero la solidaridad pasiva presenta un considerable interés práctico, porque es la más eficaz de las cauciones personales.”¹²⁸

Todavía más, se reconoce un tercer tipo de solidaridad, la mixta, que se caracteriza porque en ella existe pluralidad tanto de acreedores como deudores, por lo que cualquier acreedor podrá exigirle a cualquier deudor el total de la obligación. Sin embargo, en la práctica tienen más relevancia las dos primeras clasificaciones de solidaridad, ya que en la solidaridad mixta “en cuanto se refiere a los acreedores, se aplican las reglas de la solidaridad activa, y en lo que respecta a los deudores, las de la pasiva.”¹²⁹

B) Divisibilidad del objeto.

Que el objeto tenga el carácter de divisible se deriva de lo dispuesto por el artículo 1511 del Código Civil. En este caso, “la prestación es susceptible de división; nada se opone, por su naturaleza, a que se cumpla por partes. La imposibilidad de un cumplimiento parcial proviene de una declaración de voluntad o de una disposición expresa de la ley.”¹³⁰ Por tanto, de no tener tal carácter, se estaría a la indivisibilidad del objeto, situación en la que “cualquiera de los acreedores podrá exigir el pago total al deudor que escoja, pero por otras razones y sujeto a otras reglas.”¹³¹

¹²⁸ Meza Barros (2009) p. 75.

¹²⁹ Abeliuk (200) p. 419.

¹³⁰ Meza Barros (2009) p. 75.

¹³¹ Abeliuk (2009) p. 420.

C) Unidad de la prestación.

Este tercer elemento se encuentra establecido en el artículo 1512 del Código de Bello: *La cosa que se debe solidariamente por muchos o a muchos, ha de ser una misma, aunque se deba de diversos modos; por ejemplo, pura y simplemente respecto de unos, bajo condición o a plazo respecto de otros.*

Lo que aquí se requiere es que el objeto sea el mismo, pues “los deudores deben estar obligados a ejecutar idéntica prestación.”¹³²

D) Debe ser expresada.

Resulta necesaria la concurrencia de este requisito, porque “la solidaridad es una manera de ser excepcional de las obligaciones.”¹³³ Según el artículo 1511 del Código Civil, las fuentes de la solidaridad son tres, siendo el caso más importante de solidaridad pasiva legal la hipótesis establecida en el artículo 2317 del mismo código, según el cual aquellas personas que han cometido delito o cuasidelito serán responsables del daño causado de forma solidaria.

Ahora bien, el inciso final de este mismo precepto legal dispone: *La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley.* Del hecho de que si la solidaridad no se encuentra directamente establecida por la ley, deberá declararse expresamente, se desprende que “la ley no la presume ni subentiende y debe establecerse claramente por su condición de excepción a las reglas generales del derecho, que, como hemos dicho varias veces, en nuestra legislación son las de la mancomunidad.”¹³⁴

E) Extinción total de la obligación por el pago a uno de los acreedores por uno de los deudores.

En virtud de este último elemento, se entiende que el pago hecho por un deudor va a extinguir la obligación respecto de todos los demás deudores, quedando el acreedor satisfecho con dicho pago. La razón de ser de aquello reside en que “puesto que la prestación a que se ven

¹³² Meza Barros (2009) p. 75.

¹³³ Ídem.

¹³⁴ Abeliuk (2009) p. 422.

constreñidos los deudores ha de ser una misma, el pago a uno de los acreedores por cualquiera de los deudores extingue la obligación respecto de todo.”¹³⁵

Así las cosas, luego de analizar los requisitos exigidos para la configuración de la solidaridad pasiva, es necesario concluir que en el caso que ocupa esta investigación sí se cumple con cada uno de ellos. Además, esta alternativa resulta ventajosa, toda vez que si bien existe una pluralidad de deudores (Estado y laboratorios), el acreedor (usuarias de anticonceptivos) podrá exigir íntegramente el pago, sin que ningún deudor pueda oponerse, pues estará obligado a pagar la deuda completa. Por otro lado, uno de los efectos que posee la responsabilidad pasiva en la relación entre acreedor y deudores solidarios es la obligación a la deuda, la que se encuentra contenida en el ya mencionado artículo 1511 del Código Civil, en relación con el artículo 1514 del mismo código.

Bajo este orden de ideas, dicho artículo 1514 establece que: *El acreedor podrá dirigirse contra todos los deudores solidarios conjuntamente, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que por éste pueda oponérsele el beneficio de división.* En este mismo sentido, se podrá demandar a cualquiera de los deudores por el total - cuestión que caracteriza a la solidaridad pasiva -, o bien, demandar a todos los deudores por el total de la deuda, en razón del principio de economía procesal. De escogerse esta última alternativa, puede que se produzca la situación en que, demandando a uno de los deudores, no se obtenga el pago de forma íntegra debido a su insolvencia. Ante esta situación, el artículo 1515 establece que: *La demanda intentada por el acreedor contra alguno de los deudores solidarios, no extingue la obligación solidaria de ninguno de ellos, sino en la parte en que hubiere sido satisfecha por el demandado.* Por tanto, el acreedor gozará de un “derecho a perseguir a los restantes codeudores mientras haya una parte insoluta de la deuda sólo se extingue cuando deja de haberla, esto es, la obligación está íntegramente pagada.”¹³⁶

Cómo es posible apreciar, no se descarta que en el caso en comento pueda demandarse a ambos deudores solidarios en conjunto, Estado y laboratorios, siempre que se haga una reserva expresa de que no se está renunciado a la solidaridad, para no caer dentro de las hipótesis del artículo 1516 del Código Civil, que, dentro de las hipótesis de renuncia a la solidaridad del acreedor respecto de uno o de todos los deudores, dispone en su inciso segundo: *La renuncia tácitamente en favor de uno de ellos, cuando le ha exigido o reconocido el pago de su parte o cuota de la deuda, expresándolo así en la demanda o en la carta de pago, sin la reserva especial de la solidaridad, o sin la reserva general de sus derechos.*

¹³⁵ Meza Barros (2009) p. 75.

¹³⁶ Abeliuk (2009) p. 433.

En consecuencia, respondiendo a la interrogante establecida en el presente capítulo, la vía idónea para que el Estado y los laboratorios respondan, será a partir de la responsabilidad solidaria, en virtud de cada uno de los argumentos que fueron expuestos anteriormente.

CONCLUSIONES

1. Es deber del Estado realizar una correcta fiscalización hacia los laboratorios encargados de fabricar los métodos anticonceptivos, así como también de la correcta distribución de ellos.
2. Los derechos sexuales y reproductivos de la mujer son un aspecto fundamental en la vida de estas, por lo que es deber del Estado garantizar su reconocimiento y protección.
3. La responsabilidad civil es una herramienta que debe favorecer a cualquier persona víctima de un daño, mientras concurren los requisitos que exige la ley. En la hipótesis planteada, las mujeres deben obtener una indemnización de perjuicios.
4. Recae responsabilidad civil extracontractual contra el Estado y los laboratorios, de lo que se sigue que deberán responder de manera solidaria.

ÍNDICE

RESUMEN.....	4
INTRODUCCIÓN.....	5
I. CASOS QUE DIERON ORIGEN AL PROBLEMA.....	7
1. Cantidad de casos y situaciones en que el problema se ha producido.....	7
2. <i>Wrongful conception, wrongful life y wrongful birth</i>	10
2.1 ¿Qué ha dicho la jurisprudencia extranjera?.....	13
II. VÍNCULO EXISTENTE ENTRE LOS LABORATORIOS Y EL SISTEMA PÚBLICO DE SALUD.....	16
1. Tratamiento de la salud reproductiva en Chile: origen, desarrollo y actualidad.....	16
2. Relación existente entre el Estado chileno y los laboratorios.....	19
3. Distribución gratuita de métodos anticonceptivos en Chile.....	21
3.1 Normativa aplicable en el sistema público de salud.....	23
4. Fiscalización que ejerce el Estado chileno sobre los laboratorios.....	26
III. ¿RECAE O NO RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRA EL ESTADO Y LOS LABORATORIOS?.....	28
1. Determinación de responsabilidad civil. Opiniones doctrinarias.....	28
1.1 ¿Cómo podría colisionar la reparación con la vida del niño?.....	30
1.2 Responsabilidad civil y derechos fundamentales lesionados.....	34
2. Tipo de responsabilidad de que se trata y estatuto jurídico aplicable.....	36
2.1 En cuanto a la responsabilidad civil contractual y sus argumentos.....	37
2.2 En cuanto a la responsabilidad extracontractual y sus argumentos.....	38
2.2.1 La responsabilidad extracontractual del Estado.....	47
3. Daños susceptibles de resarcirse.....	49
3.1 ¿De qué manera van a responder: solidaria, mancomunada o conjuntamente?.....	53
CONCLUSIONES.....	59
BIBLIOGRAFÍA.....	61

BIBLIOGRAFÍA CITADA

1. Abeliuk, René (2009). *Las obligaciones*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo i.
2. Barros, Enrique (2006). “La diferencia entre estar obligado y ser responsable”. *Estudios de Derecho Civil II*. Santiago: LexisNexis.
3. Barros, Enrique (2010) *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
4. Biblioteca del Congreso Nacional. (2020). “Covid-19 y anticoncepción: Regulación y acceso.” Disponible en https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/29221/1/BCN_regulacion_y_acceso_anticoncepcion_en_Chile_FINAL.pdf. [Fecha de consulta: 29 de noviembre de 2022]
5. Bulnes, Luz (2014). “El derecho a la protección de la salud: nuevas perspectivas dogmáticas y jurisprudenciales.” *Revista de Derecho Universidad Finis Terrae*. Disponible en https://app-vlex-com.bibliotecadigital.uv.cl/#search/jurisdiction:CL+content_type:4/derecho+constitucional+articulo+19+numeral+9/p3/WW/vid/649016421/ [fecha de consulta: 10 de diciembre de 2022].
6. Bustos, Andrea (2020). “ El método falla y el Estado es el culpable: el complejo escenario tras la entrega de anticonceptivos defectuosos”. *Diario y Radio Universidad Chile*. Disponible en <https://radio.uchile.cl/2020/11/28/el-metodo-falla-y-el-estado-es-el-culpable-el-complejo-escenario-tras-la-entrega-de-anticonceptivos-defectuosos/> [fecha de consulta: 30 de septiembre de 2022].
7. Cenabast. (2022) Programa Salud Sexual y Reproductiva. Disponible en <https://www.cenabast.cl/cenabast-y-su-gestion-en-el-programa-de-salud-sexual-y-reproductiva/> [Fecha de consulta: 26 de noviembre de 2022]
8. Corral, Hernán (2004). *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile
9. Cubides, Viviana y Diaz, Juliana (2009). *La acción de wrongful birth: Desarrollo y alcance en el derecho comparado e implicaciones de su aplicación en Colombia*. Colombia: Pontificia Universidad Javeriana.
10. Comisión de Salud de la Cámara de Diputados (2022) Informe de la comisión de salud recaído en el proyecto de ley que modifica el código sanitario para establecer una presunción de responsabilidad civil por daños causados por medicamentos anticonceptivos defectuosos. Disponible en

- https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=69877&prmTipo=INFORME_COMISION.
[Fecha de consulta: [15 de noviembre de 2022]
11. De la Maza, Lorenzo (1988) *“De la responsabilidad civil que puede derivar de la actividad médica”*. Revista Chilena de Derecho, volumen 15. Santiago de Chile
 12. Diario El Mostrador (2017) “Las trabas que enfrentan las chilenas para acceder a los anticonceptivos modernos”. Disponible en <https://www.elmostrador.cl/agenda-pais/vida-en-linea/2017/01/17/las-trabas-que-enfrentan-las-chilenas-para-acceder-a-los-anticonceptivos-modernos/> [Fecha de consulta: 30 de septiembre de 2022]
 13. Diaz, Pedro (2022). “Falla en anticonceptivos causó 200 embarazos en Chile; gobierno anunció medidas.” Diario El País Uruguay. Disponible en <https://www.elpais.com.uy/mundo/falla-anticonceptivos-causo-embarazos-chile-gobierno-anuncio-medidas.html> [fecha de consulta: 30 de septiembre de 2022]
 14. Diez, José Luis (2012). *El daño extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
 15. Dirección ChileCompra (2022). “Licitación”. Dirección ChileCompra. Disponible en <https://www.chilecompra.cl/licitacion-comprador/> [Fecha de consulta: 25 de noviembre de 2022]
 16. Dirección ChileCompra (2022) “¿Qué es ChileCompra?”. Disponible en <https://www.chilecompra.cl/que-es-chilecompra/> [Fecha de consulta: 25 de noviembre de 2022]
 17. Domínguez, Ramón (1990). “Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista”. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, n°188. Concepción.
 18. Fernández. Constanza; Dides, Claudia y Soto, Eduardo (2016). “Primer informe Salud sexual, salud reproductiva y Derechos Humanos en Chile”. Miles, Chile. Disponible en <http://mileschile.cl/cms/wp-content/uploads/2019/01/Informe-DDSSRR-2016-Regulaci%C3%B3n-de-la-Fertilidad.pdf> [Fecha de consulta: 25 de noviembre de 2022]
 19. Figueroa, Gonzalo (2012). *Curso de derecho civil. Tomo IV*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
 20. Fueyo, Fernando (1991). *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
 21. Instituto de Salud Pública de Chile, infografía (2021). Disponible en <https://www.ispch.gob.cl/noticia/isp-aclara-regulacion-vigente-de-anticonceptivos/> [Fecha de consulta: 19 de noviembre de 2022]
 22. Lampert, María. (2020) “Covid 19 y anticoncepción: Regulación y acceso.” Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Disponible en

- https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/29221/1/BCN_regulacion_y_acceso_anticoncepcion_en_Chile_FINAL.pdf [Fecha de consulta: 30 de septiembre de 2022]
23. Londoño, Ernesto. (2021). “Una falla en las píldoras anticonceptivas podría haber ocasionado decenas de embarazos en Chile.” *The New York Times*. Disponible en <https://www.nytimes.com/es/2021/03/02/espanol/chile-pildoras-defectuosas.html> [fecha de consulta: 20 de septiembre de 2022].
 24. Marcia, Andrea (2005). *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconcepcionales y prenatales*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
 25. Mazeaud, Henri, Mazeaud, León y Tunc, André (1963). *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, tomo i, vol. 1.
 26. Medina, Gracial (2008). “Wrongful birth responsabilidad por nacer enfermo una década en la jurisprudencia del tribunal supremo español.” *Revista de responsabilidad civil y seguros*. Disponible en <http://www.villaverde.com.ar/archivos/File/Investigación/Filiación/wrongful-birth-medina.pdf>. [fecha de consulta: 22 de septiembre de 2022]
 27. Meza Barros, Ramón (2009). *Manual de Derecho Civil. De las obligaciones*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
 28. Miles Chile (2019), elaboración propia en base a información entregada por Ley de Transparencia. Solicitud AE007W-0008049
 29. Miles Chile, infografía (2016). Disponible en <https://mileschile.cl/material/infografias/> [fecha de consulta: 30 de septiembre de 2022]
 30. Ministerio de Salud (2014) “Normas nacionales sobre regulación de la fertilidad 2014”. Ministerio de Salud. Disponible en <https://www.minsal.cl/sites/default/files/files/27%2005%202014%20%20NRF%20edici%C3%B3n%202014%20FINAL%20.pdf> [Fecha de consulta: 25 de noviembre de 2022]
 31. Ministerio de Salud (2018) “Normas nacionales sobre la regulación de la fertilidad”. Ministerio de Salud. Disponible en https://www.minsal.cl/wp-content/uploads/2015/09/2018.01.30_NORMAS-REGULACION-DE-LA-FERTILIDAD.pdf [Fecha de consulta: 23 de septiembre de 2022]
 32. Ministerio de Salud (2022). “Hitos de la salud chilena”. Ministerio de Salud. Disponible en <https://www.minsal.cl/hitos-de-la-salud-chilena/#:~:text=En%201952%20se%20promulga%20la,hijos%20hasta%20los%2015%20a%C3%B1os>. [fecha de consulta: 23 de septiembre de 2022]

33. Ministerio de Salud (2022). "Respuesta del Estado de Chile a la comunicación conjunta de los titulares de mandatos de los procedimientos especiales" Disponible en <https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadFile?gId=36520> [Fecha de consulta: 25 de noviembre de 2022]
34. Mondaca, Alexis, Aedo, Cristián y Coleman, Luis. (2014). "Panorama comparado del wrongful life, wrongful birth y wrongful conception. Su posible aplicación en el Derecho chileno." Disponible en https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122015000100002. [fecha de consulta: 20 de noviembre de 2022].
35. Mora, José y Jeannette von Wolfersdorff (2019). "Abriendo las cajas negras en las millonarias compras de medicamentos que hace el Estado". Ciper Chile. Disponible en <https://www.ciperchile.cl/2019/10/31/abriendo-las-cajas-negras-en-las-millonarias-compras-de-medicamentos-que-hace-el-estado/> [Fecha de consulta: 25 de noviembre de 2022]
36. Morillo, Andrea (2007). "La responsabilidad civil médica. Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life". *Revista de Derecho*, n° 27.
37. Pierry Pedro (2016). "Algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio". *Revista De Derecho Público*, n°59. Santiago.
38. Pizarro Carlos (2014). "Responsabilidad contractual en derecho chileno". Disponible en <https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/2597/Laresponsabilidadcontractualderechochileno.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. [fecha de consulta: 30 de noviembre de 2022].
39. Real Academia Española (2022). *Diccionario de la lengua española*. (23ª edición). Madrid.
40. Rodríguez, Jorge (2018). "Anticoncepción entre adolescentes en Chile en 2018: la importancia del inicio sexual protegido y de una gama de métodos anticonceptivos amplia y diversa". Disponible en https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/47694/1/01_LDN113_Rodriguez.pdf [Fecha de consulta: 7 de noviembre de 2022]
41. Rodríguez Grez, Pablo (1999) *Responsabilidad Extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile
42. Romero Seguel, Alejandro (2019). "La obligación solidaria pasiva y debido proceso". *Revista chilena de derecho*, n°1. Santiago.
43. Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel (2021)
44. Sentencia Corte de Apelaciones de Valdivia (2002) GJ 277, 99.
45. Tamayo, Javier (2007) *Tratado de Responsabilidad Civil*. Bogotá: Editorial Legis S.A, tomo i.

46. Tapia, Orlando (1941) De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes. Concepción: Escuela Tipográfica Salesiana.
47. Vasallo, Carlos. (2015) “El mercado de medicamentos en Chile: caracterización y recomendaciones para la regulación económica”. Ciper Chile. Disponible en <https://ciperchile.cl/pdfs/2015/11/farmacias/Informe-Vassallo-2010.pdf> [Fecha de consulta: 30 de septiembre de 2022]